

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. L'ente ecclesiastico cui appartiene l'ospedale "Miulli" di Acquaviva delle Fonti ha chiesto al TAR della Puglia l'accertamento della spettanza di corrispettivi per prestazioni erogate in favore del servizio sanitario regionale a partire dal 2002, di danni subiti a seguito del ritardato pagamento per oneri finanziari sopportati al fine di assicurare il servizio, nonché di danni all'immagine derivanti dalla conseguente diminuita affidabilità nei confronti di banche, fornitori e dipendenti, e la condanna della Regione Puglia ai relativi pagamenti.

2. Il ricorso seguiva un giudizio, instaurato dall'ente per ottenere (oltre all'annullamento della nota regionale di diniego prot. 24/1452/AOS/3 in data 21 febbraio 2008, e della d.G.R. in data 31 gennaio 2008, di approvazione del DIEF 2008) il ripianamento da parte della Regione dello squilibrio finanziario accumulato per far fronte agli incrementati costi del personale ed agli oneri finanziari relativi alla costruzione del nuovo ospedale (c.d. monoblocco).

Detto giudizio era stato definito con una dichiarazione di cessazione della materia del contendere (TAR Puglia, Bari, I, n. 1099/2009), dopo che in data 12 marzo 2009 era stata sottoscritta una transazione (previamente approvata con d.G.R. n. 320/2009), con la quale l'ente aveva accettato il pagamento da parte della Regione della somma di 45 milioni di Euro in tre rate annuali "come transattivo di ogni sua richiesta per il periodo 2002-2008, fatte salve le partite correnti ancora a credito"; pagamento tuttavia non avvenuto nei termini, tanto che in data 11 giugno 2010 l'ente aveva intimato alla Regione la risoluzione della transazione ai sensi dell'articolo 1457 c.c..

3. Con motivi aggiunti, l'ente ha impugnato la Delib. G.R. n. 1560 del 2010, con cui nel frattempo era stata annullata la predetta Delib. n. 320 del 2009.

4. Le suddette pretese sono state infine quantificate (tenendo conto del trascorrere del tempo e delle risultanze delle perizie di parte acquisite in corso di causa) in una somma ricompresa tra i 223,7 e i 226,9 milioni di Euro (riferita al periodo 2002 - 1 semestre 2011), oltre al 10% su detta somma per il danno di immagine.

Sono state azionate sia a titolo contrattuale (a fronte dell'inadempimento della transazione e come corrispettivo dovuto per le prestazioni erogate), sia a titolo di risarcimento da responsabilità extracontrattuale (in relazione all'omesso adeguamento della remunerazione delle prestazioni rese nell'interesse del SSN ed all'omesso ripiano finanziario dei costi sostenuti per le prestazioni rese al SSR). In via subordinata, il pagamento delle somme è stato chiesto a titolo di indebito arricchimento.

In sintesi, a supporto di dette pretese, l'ente ha invocato la posizione "equiparata" alle strutture ospedaliere pubbliche (ovvero, "consustanziale" al servizio pubblico sanitario) che l'ordinamento garantirebbe agli ospedali "classificati" degli enti ecclesiastici; sostenendo che ne discenderebbero: a) l'impossibilità di applicare nei loro confronti i c.d. tetti di spesa previsti in sede di programmazione sanitaria; b) il vero e proprio diritto soggettivo di ottenere il ripiano finanziario dei disavanzi da parte della Regione (in ragione dell'insufficienza del parametro di remunerazione costituito dai DRG per le singole classi di prestazione, e quindi delle conseguenti assegnazioni preventive).

5. Nelle more del giudizio, con ordinanze cautelari (TAR Puglia, Bari, III, n. 741/2010, n. 263/2011 e n. 593/2011; Cons. Stato, V, n. 5319/2010) è stato disposto il pagamento da parte delle Regioni delle tranches previste dalla predetta transazione e già scadute.

6. Il TAR della Puglia, con la sentenza oggetto dell'appello in esame (III, n. 1796/2011) - dopo aver affermato la propria giurisdizione ex art. 133, lettera c), cod. proc. amm., aver disatteso l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla Regione per omessa impugnazione dei provvedimenti autoritativi in materia di programmazione sanitaria e determinazioni tariffarie, ed aver dichiarato, incidentalmente, l'attuale piena validità ed efficacia della transazione sottoscritta dalle parti il 12 marzo 2009 - ha accolto parzialmente il ricorso e, per l'effetto :

- ha accertato il diritto dell'ente ricorrente "alla parità di trattamento finanziario corrisposto alle aziende ospedaliere (pubbliche) per dimensioni e tipologia similari", e conseguentemente ha condannato la Regione Puglia al pagamento in suo favore "delle spettanze economiche (disavanzo) derivanti dai costi dell'assistenza ospedaliera quantificati per annualità previa ratifica dell'ente di controllo" per il periodo 2002-2008, oltre a svalutazione ed interessi legali, rigettando la richiesta relativa al periodo successivo (2009 - 1 semestre 2011); la quantificazione di dette somme è stata disposta "in misura corrispondente alle risorse attribuite all'azienda ospedaliera pubblica della stessa dimensione quali-quantitativa, nonché al ripiano finanziario annuale previo controllo dei rispettivi bilanci consuntivi, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali" (pagg. 36-37 della motivazione);
- ha annullato la Delib. G.R. n. 1560 del 2010;
- ha accertato il diritto dell'ente ricorrente ad "ottenere risorse per spese di investimento secondo il contratto di transazione sottoscritto il 12 marzo 2009, diritto soddisfatto nel corso di giudizio, in ordine al quale deve dichiararsi cessata la materia del contendere"; somme che, peraltro, debbono essere detratte dalle pretese relative al suindicato ripianamento dei disavanzi risultanti dai consuntivi annuali (cfr. pag. 35 della motivazione);
- ha condannato la regione Puglia al pagamento dell'ulteriore somma di 100.000 Euro "a ristoro del danno non patrimoniale di immagine";
- ha respinto "l'azione di indebito arricchimento, nonché la pretesa ai maggiori oneri bancari e finanziari".

Occorre fin d'ora sottolineare che la limitazione temporale del riconoscimento del "diritto alla parità di trattamento finanziario" si deve al fatto che il TAR ha ritenuto che l'applicabilità del principio di "equiparazione", come sopra prospettata, sia venuta meno per effetto del D.L. n. 112 del 2008, conv. con L. n. 133 del 2008, art. 79 (che ha posto sullo stesso piano gli enti ecclesiastici e gli altri operatori sanitari privati, imponendo a tutti la stipulazione degli accordi contrattuali ed il vincolo della programmazione annuale regionale - impostazione poi rafforzata dalla L.R. Puglia n. 12 del 2010, art. 3).

7. La Regione Puglia ha appellato la sentenza.

La ritenuta giurisdizione - argomentata dal TAR con riferimento all'ambito della giurisdizione esclusiva, come ridefinito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, e sulla base del rilievo che il diritto del ricorrente ad ottenere la piena equiparazione finanziaria rispetto agli ospedali pubblici "resta collegato al potere di controllo e verifica della spesa sanitaria sussistente anche nei confronti di tali strutture, seppur con connotazioni differenti rispetto agli operatori privati accreditati soggetti alla programmazione tramite DIEF" - viene commentata criticamente, ma sul punto non vi è domanda di riforma della sentenza.

Vengono invece dedotti i motivi di appello appresso indicati.

7.1. La "equiparazione", o "consustanzialità", deve essere correttamente riferita, anche secondo la normativa antecedente al D.L. n. 112 del 2008, alla pari remunerazione, sotto il profilo delle modalità e dei valori economici, delle prestazioni rese. Invece, nessuna norma consente di affermare l'obbligo che si assegnino agli ospedali classificati le medesime risorse messe a

disposizione delle strutture pubbliche e tanto meno, qualora le risorse si rivelino insufficienti, che si provveda in modo incondizionato al ripiano delle passività.

E' pertanto in violazione di quanto disposto dagli articoli 8-quinquies ed 8-sexies, del D.Lgs. n. 502 del 1992, in materia di programmazione sanitaria, di tetti di spesa e di accordi contrattuali, e da ultimo dall'articolo 3, della L.R. n. 12 del 2010, che il TAR ha riconosciuto (sia pure fino al 2008) il diritto dell'ente appellato.

Dall'applicabilità dei tetti di spesa, peraltro, deriva in primo luogo la tardività del gravame proposto in primo grado (in quella sede infruttuosamente già eccepita dalla Regione).

7.2. La transazione (come si desume dalle motivazioni della d.G.R. n. 320/2009 che l'ha approvata, e dalla stessa rilevanza satisfattiva attribuitale dalla sentenza n. 1099/2009) ha definito non solo gli oneri sostenuti per la costruzione e l'allestimento del nuovo ospedale, bensì ogni pretesa maturata dall'ente nei confronti della Regione alla data della sua stipulazione.

Dunque, non sussiste in ogni caso alcun credito residuo per il periodo precedente al 2008.

7.3. La quantificazione delle somme richieste dall'ente ecclesiastico fino al 2008 (passata dai 175,3 milioni di Euro richiesti con il ricorso introduttivo, ai 223,7 - 226,9 richiesti alla fine) è stata disposta in violazione delle regole che fissano il valore della causa al momento della domanda (artt. 10 c.p.c. e 39 cod. proc. amm.).

Comunque, non è attuabile il criterio di quantificazione disposto dal TAR, poiché non esiste in Puglia un'azienda pubblica con caratteristiche analoghe e dalla normativa non si evince quale soggetto dovrebbe "ratificare" la quantificazione comparativa (operazione complessa, dalla valenza non meramente contabile).

7.4. La contestazione del risarcimento per danno all'immagine segue la contestazione della non spettanza delle somme - vuoi perché definite transattivamente, vuoi perché non discendenti dall'asserita equiparazione - il cui ritardato pagamento tale danno avrebbe determinato.

8. L'ente ecclesiastico appellato ha a sua volta proposto appello "incidentale", censurando la sentenza nella (sola) parte in cui ha disconosciuto il diritto al finanziamento del disavanzo anche in relazione agli esercizi 2009-2011 (ciò che riguarderebbe un ammontare di oltre 90,5 milioni di Euro).

La tesi dell'appellante incidentale è che la novella contenuta nel D.L. n. 112 del 2008 non comporti una revisione della disciplina previgente in materia di remunerazione e tetti di spesa, ma, al contrario rafforzi il principio di piena equiparazione agli ospedali pubblici degli enti ecclesiastici che esercitano assistenza ospedaliera (già desumibile dagli articoli 1, commi 5 e 6, della L. n. 132 del 1968, 129 del D.P.R. n. 130 del 1969, 41 della L. n. 833 del 1978, 4 del D.Lgs. n. 502 del 1992).

8.1. Altrimenti (primo ordine di censure) se ne dovrebbe ricavare che le prestazioni ospedaliere in eccedenza al budget assegnato non sarebbero più obbligatorie - ed in ciò viene censurata una contraddizione con il passo della sentenza appellata che invece ribadisce tale obbligatorietà, oltre ad un difetto di motivazione, non avendo la sentenza spiegato perché dalle modifiche apportate al D.Lgs. n. 502 del 1992 dal D.L. n. 112 del 2008 in tema di assoggettamento degli enti ecclesiastici alla programmazione finanziaria ed agli accordi contrattuali, deriverebbe un cambiamento così significativo del rapporto con il SSR.

8.2. La sentenza sarebbe inoltre incorsa in falsa applicazione dell'articolo 8-quinquies, comma 2-quater (secondo ordine di censure, che a ben vedere costituisce una diversa rubricazione del medesimo rilievo di illegittimità), posto che la disposizione va interpretata nel senso (assai più limitato, e coerente con il

mantenimento del principio di piena equiparazione) che le regioni debbano prevedere, nella programmazione annuale, tetti di spesa adeguati a coprire i volumi di attività. In ogni caso, anche ammettendo che le modifiche introdotte dal D.L. n. 112 del 2008 comportino le conseguenze affermate dal TAR, l'operatività non poteva discendere che dal recepimento del principio mediante la L.R. n. 12 del 2010, che può manifestare i suoi effetti solo a partire dalla programmazione delle attività assistenziali e dei relativi tetti di spesa relativa al 2011.

8.3. L'appello contiene anche l'esposizione delle dimensioni e delle cause (ritardato e comunque insufficiente adeguamento delle tariffe da parte della Regione a fronte del continuo incremento dei costi) del "disequilibrio economico" dell'ente, che sarebbe strutturale ed avrebbe ormai determinato un "deficit patrimoniale" assai consistente. Ciò, sembra di capire, per supportare la richiesta di accertamento del diritto al ripiano finanziario fino a tutto il 2011, sottolineandosi che l'ulteriore semestre rispetto al periodo oggetto della pronuncia di primo grado non configura domanda nuova (come tale inammissibile), trattandosi di "fisiologica espansione del danno che continua a prodursi nel perdurare della vicenda giudiziaria".

9. Il Collegio ritiene opportuno analizzare anzitutto quale debba essere la corretta portata applicativa della "equiparazione" degli ospedali classificati degli enti ecclesiastici alle aziende ospedaliere pubbliche.

9.1. L'articolo 1, comma 1, della L. n. 132 del 1968, enuncia il principio per cui "L'assistenza ospedaliera pubblica é svolta a favore di tutti i cittadini italiani e stranieri esclusivamente dagli enti ospedalieri", per tali dovendosi intendere, in base all'articolo 2, comma 1, "gli enti pubblici che istituzionalmente procedono al ricovero ed alla cura degli infermi", i quali, ai sensi del successivo comma 3 " ... salvo i limiti derivanti dalla specializzazione dell'ospedale o dalle particolari esigenze tecniche legata alla forma morbosa che si presenta, hanno l'obbligo di ricoverare senza particolare convenzione o richiesta di alcuna documentazione, i cittadini italiani e stranieri che necessitano di urgenti cure ospedaliere, per qualsiasi malattia, per infortunio, o per maternità, siano o meno assistiti da enti mutualistici ed assicurativi o da altri enti pubblici e privati....".

Per gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti che esercitavano l'assistenza ospedaliera (anche se il comma 5 stabiliva che "nulla è innovato alle disposizioni vigenti per quanto concerne il regime giuridico-amministrativo"), il comma 6 aggiungeva che essi " ... ove posseggano i requisiti prescritti dalla presente legge possono ottenere, a domanda, che i loro ospedali siano classificati in una delle categorie di cui agli artt. 20 e seguenti anche ai fini dell'applicazione delle disposizioni contenute nel titolo IV della presente legge" (comma 6).

Tale "classificazione" (articolata, secondo l'articolo 20, nelle categorie degli ospedali generali - di zona, provinciali e regionali - e specializzati) conseguiva alla verifica della tipologia e della adeguatezza della struttura ospedaliera ad erogare prestazioni al pubblico, e determinava l'inserimento nella programmazione ospedaliera (è questa la materia disciplinata dal richiamato Titolo IV, articoli 26 - 31), che comportava la considerazione nell'ambito della legge di programma ospedaliero, dei piani ospedalieri nazionale e regionali e la concessione dei relativi finanziamenti pubblici previsti dal fondo ospedaliero (vale a dire "le somme necessarie per la costruzione di nuovi ospedali, l'ampliamento, la trasformazione e l'ammodernamento degli ospedali esistenti, nonché per l'acquisto delle relative attrezzature di primo impianto" - come precisato dall'articolo 31).

Gli effetti della classificazione riguardavano dunque essenzialmente la definizione dell'assetto complessivo del sistema ospedaliero,

alla luce dei fabbisogni programmati e delle risorse disponibili, nell'ambito del quale gli ospedali degli enti ecclesiastici erano affiancati agli enti ospedalieri, cioè agli ospedali pubblici (risultando, alla stregua degli enti ospedalieri, sottoposti alla vigilanza regionale - articolo 16 - ed all'alta vigilanza ministeriale - articolo 18) . D'altra parte, gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti (non diversamente dalle case di cura private e dalle associazioni e fondazioni non riconosciute come enti ospedalieri) potevano stipulare convenzioni con gli enti ospedalieri, oltre che con gli istituti mutualistici ed assicurativi per il ricovero dei propri iscritti (articolo 53).

A tale disciplina, l'articolo 129 del D.P.R. n. 130 del 1969 (sullo stato giuridico del personale degli enti ospedalieri), aggiungeva, per gli ospedali classificati dei soggetti di cui all'articolo 1, commi 5 e 6, della L. n. 132 del 1968, la possibilità di ottenere, previa valutazione di equipollenza dei rispettivi ordinamenti del personale a quanto disposto dalla nuova normativa, "l'equiparazione dei servizi e dei titoli acquisiti dal proprio personale ai servizi e ai titoli acquisiti dal personale in servizio presso ospedali di uguale classifica, amministrati da enti ospedalieri".

La stipula di convenzioni tra ospedali classificati gestiti da enti ecclesiastici e le Regioni è stata poi prevista dall'articolo 18 del D.L. n. 264 del 1974, convertito in L. n. 386 del 1974 (laddove, per le case di cura private, ciò era consentito "qualora ... necessario per esigenze del servizio ospedaliero").

La posizione degli ospedali classificati non risulta essere stata modificata in modo espresso e diretto dalle disposizioni successive. Secondo l'articolo 41, comma 1, della L. n. 833 del 1978, "nulla è innovato alle disposizioni vigenti per quanto concerne il regime giuridico-amministrativo degli istituti ed enti ecclesiastici che esercitano l'attività ospedaliera", i cui rapporti con le unità sanitarie locali erano regolati da apposite convenzioni, dalle quali derivava per gli enti privati la possibilità di erogare prestazioni a carico del servizio sanitario pubblico (e delle quali pertanto le regioni dovevano tener conto nell'assicurare la dotazione finanziaria alle unità sanitarie locali). Lo schema tipo di convenzione, approvato con il D.P.C.M. 18 luglio 1985, prevedeva l'assimilazione al sistema pubblico relativamente al regime delle ammissioni e dimissioni dei pazienti, agli obblighi in caso di interruzione per qualsiasi causa dei servizi essenziali, alla disciplina degli organici e della struttura operativa.

Anche secondo l'articolo 4, comma 12, del D.Lgs. n. 502 del 1992, "nulla è innovato alla vigente disciplina per quanto concerne ... gli istituti ed enti che esercitano l'assistenza ospedaliera di cui agli artt. 40, 41 e 43, comma 2 della L. n. 833 del 1978 ...".

Va anche sottolineato, con riferimento alle modificazioni apportate al D.Lgs. n. 502 del 1992 dal D.Lgs. n. 229 del 1999, che il comma 18 dell'articolo 1, statuiva che "Le istituzioni e gli organismi a scopo non lucrativo concorrono, con le istituzioni pubbliche e quelle equiparate di cui all'art. 4, comma 12, alla realizzazione di doveri costituzionali di solidarietà, danno attuazione al pluralismo etico-culturale dei servizi alla persona ..." - istituzioni (private) "equiparate" che tuttavia, secondo l'accezione dell'articolo 4, comma 12, contemplavano non soltanto gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti e classificati, ma anche quelli non classificati e tutte le altre istituzioni private di cui all'articolo 43, comma 2.

E che alle "strutture pubbliche ed equiparate", in modo distinto dalle strutture private, si sono poi riferiti l'articolo 8-quater (al comma 1) e l'articolo 8-quinquies (al comma 2), disposizioni che disciplinano, rispettivamente, l'accreditamento istituzionale e gli accordi contrattuali (per le strutture private ed i professionisti, i contratti), vale a dire i presupposti ritenuti ormai indispensabili, per tutti gli operatori, al fine di poter erogare

prestazioni a carico del SSN.

9.2. Dalle disposizioni ricordate, può evincersi che la posizione degli ospedali privati classificati era, sotto alcuni aspetti, "equiparata" a quella degli ospedali pubblici.

L'equiparazione certamente comportava, fin dalla L. n. 132 del 1968, la presenza degli ospedali classificati, al fianco di quelli pubblici, quale componente stabile del servizio sanitario, e rilevava nel momento della definizione delle aree di intervento e delle capacità operative delle strutture, assicurando ai primi una positiva considerazione ai fini del finanziamento pubblico dei necessari investimenti, a seconda del ruolo e delle funzioni rispettivamente attribuite nell'ambito della programmazione sanitaria.

A ciò va aggiunto, con riferimento al sistema di remunerazione delle prestazioni introdotto, in attuazione dell'articolo 8 del D.Lgs. n. 502 del 1992, con il D.M. 15 aprile 1994, che l'equiparazione degli ospedali privati classificati comportava il riconoscimento, per le prestazioni da essi erogate, delle medesime tariffe applicate alle aziende ospedaliere pubbliche (nella Regione Puglia, sono interpretabili in tal senso, gli articoli 16 della L.R. n. 22 del 1997, 6, commi 4 e 5, della L.R. n. 20 del 2002, 17, comma 10, della L.R. n. 1 del 2005, e 14, commi 4 e 5, della L.R. n. 26 del 2006). La giurisprudenza si è incaricata di precisare ulteriormente il presupposto logico e gli effetti dell'equiparazione per quanto concerne il profilo dello svolgimento dell'attività, affermando che anche gli ospedali privati classificati hanno l'obbligo di rendere le prestazioni richieste dagli assistiti, nei limiti consentiti dalla loro capacità operativa determinata dall'assetto strutturale ed organizzativo. In particolare, si è consolidato l'orientamento secondo il quale "ai fini dell'operatività del meccanismo dei cd. tetti di spesa, da un lato stanno le strutture pubbliche e quelle ad esse equiparate (Ospedali classificati, I.R.C.C.S., etc.), dall'altro quelle private accreditate. Solo per le seconde, invero, ha senso parlare di imposizione di un limite alle prestazioni erogabili; mentre per le strutture che risultano consustanziali al sistema sanitario nazionale (Ospedali pubblici, Ospedali classificati, I.R.C.C.S., etc.) non è neppure teorizzabile l'interruzione delle prestazioni agli assistiti al raggiungimento di un ipotetico limite eteronomamente fissato"; infatti, la struttura ospedaliera "non può sottrarsi al dovere, non negoziabile, di erogare il servizio pubblico a tutti gli utenti", dovendo, dunque, ricondursi il tetto delle prestazioni erogabili al limite strutturale dell'ospedale (cfr. Cons. Stato, V, 22 aprile 2008, n. 1858; 28 maggio 2009, n. 3263; 16 marzo 2010, n. 1514 - va fin d'ora sottolineato che si tratta di decisioni relative a controversie concernenti tetti di spesa antecedenti al 2009).

9.3. Uno dei cardini sui quali ruota la riforma introdotta dal D.Lgs. n. 229 del 1999 è costituito dagli "accordi contrattuali", che tutte le strutture sanitarie di cui le regioni si avvalgono, ai sensi dell'articolo 8-bis, per assicurare i livelli essenziali e uniformi di assistenza prefissati (vale a dire: i presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, le aziende ospedaliere, le aziende universitarie, gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché gli altri soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8-quater) devono stipulare, ai sensi dell'articolo 8-quinquies, per poter erogare prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale.

L'articolo 8-quinquies, nel testo originario, stabiliva (comma 2) che detti "accordi contrattuali" indicassero (oltre ad obiettivi, programmi di integrazione e requisiti dei servizi da rendere), il volume massimo delle prestazioni che le strutture si impegnavano ad assicurare, distinto per tipologia e modalità di assistenza (lettera b), ed "il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate, globalmente risultante dalla applicazione dei valori

tariffari e della remunerazione extra-tariffaria delle funzioni incluse nell'accordo, da verificare comunque "a consuntivo sulla base dei risultati raggiunti e delle attività effettivamente svolte secondo le indicazioni regionali di cui al comma 1 lett. d)" (lettera d). Il precedente comma 1, stabiliva, infatti, che le regioni dovessero definire lo specifico ambito di applicazione degli accordi contrattuali, individuando i soggetti interessati e disciplinando alcuni aspetti specifici: tra questi (lettera d) i "criteri per la determinazione della remunerazione delle strutture ove queste abbiano erogato volumi di prestazioni eccedenti il programma preventivo concordato, tenuto conto del volume complessivo di attività e del concorso allo stesso da parte di ciascuna struttura".

In sintesi, può ritenersi che, secondo la disciplina risultante dalla novella del D.Lgs. n. 229 del 1999, gli accordi contrattuali dovessero individuare dei limiti di operatività delle strutture (un determinato volume per ogni tipologia di prestazioni, ed il relativo budget); ma che, tuttavia, detto limite non fosse invalicabile, posto che il corrispettivo indicato negli accordi contrattuali costituiva una sorta di "preventivo", soggetto a verifica concreta in sede di consuntivo, in base ai risultati raggiunti ed alla attività effettivamente svolta (che poteva risultare superiore a quella massima individuata dagli accordi).

La relativa "elasticità" del corrispettivo preventivato negli accordi contrattuali a fronte delle attività concordate non determinava, tuttavia, l'automatico diritto delle strutture ad essere remunerate sempre ed incondizionatamente per le prestazioni erogate oltre il volume massimo concordato; la remunerabilità di tali prestazioni, infatti, era legata ai criteri che la legislazione regionale avrebbe individuato, e quindi dipendeva da un presupposto frutto di una scelta legislativa, vale a dire da un titolo (legale) diverso dall'accordo contrattuale.

Vi era dunque, prima del decreto L. n. 112 del 2008, la possibilità che le prestazioni rese oltre i volumi predeterminati in sede di programmazione nazionale e regionale nonché negli accordi contrattuali potessero essere, in qualche misura, remunerate; anche se, sotto tale profilo, la posizione degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti e classificati non risultava formalmente privilegiata, rispetto a quella degli altri enti erogatori privati. Tuttavia, si poteva sostenere (con l'orientamento giurisprudenziale sopra ricordato) che, non essendo stato eliminato l'obbligo di assistenza incondizionata, anche per gli ospedali classificati, così come per le aziende ospedaliere pubbliche, le prestazioni eccedenti i tetti prefissati, non soltanto potessero, ma addirittura dovessero essere remunerate.

9.4. E' solo con la riforma attuata dal d.l. 112/2008, che la diversità di trattamento tra le strutture pubbliche e le strutture private diviene incompatibile con gli effetti che si facevano discendere dall'equiparazione.

Nell'articolo 8-quinquies del D.Lgs. n. 502 del 1992, vengono introdotti i commi 2-quater e 2-quinquies.

Il comma 2-quater prevede che "Le regioni stipulano accordi con le fondazioni istituti di ricovero e cura a carattere scientifico e con gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico pubblici e contratti con gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico privato, che sono definiti con le modalità di cui all'art. 10 comma 2 del D.Lgs. 16 ottobre 2003, n. 288. Le regioni stipulano altresì accordi con gli istituti, enti ed ospedali di cui agli articoli 41 e 43, secondo comma, della L. 23 dicembre 1978, n. 833, e successive modificazioni, che prevedano che l'attività assistenziale, attuata in coerenza con la programmazione sanitaria regionale, sia finanziata a prestazione in base ai tetti di spesa ed ai volumi di attività predeterminati annualmente dalla programmazione regionale nel rispetto dei vincoli di bilancio nonché

sulla base di funzioni riconosciute dalle regioni, tenendo conto nella remunerazione di eventuali spese già attribuite per spese di investimento, ai sensi dell'art. 4 comma 15, della L. 30 dicembre 1991, n. 412 e successive modificazioni ed integrazioni. Ai predetti accordi si applicano le disposizioni di cui al comma 2, lettere a) b), c), e) ed e-bis)"

Ai sensi del comma 2-quinquies "In caso di mancata stipula degli accordi di cui al presente articolo l'accredito istituzionale di cui all'art. 8 quater delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale interessati è sospeso".

Il selettivo richiamo contenuto nell'ultimo periodo del comma 2-quater comporta che agli accordi in questione non si applichi il comma 1, lettera d) - vale a dire la disposizione che consentiva di rivedere l'importo del corrispettivo preventivato in funzione del volume delle attività erogate e dei risultati raggiunti.

Conseguentemente, il corrispettivo preventivato in sede di programmazione regionale e negli accordi contrattuali diventa, di fatto, un tetto di spesa invalicabile.

D'altro canto, agli accordi in questione si applica la nuova disposizione del comma 2, lettera e-bis), introdotto dalla L. n. 31 del 2008, di conversione del D.L. n. 248 del 2007, il quale ha specificamente previsto, tra i contenuti (necessari) degli accordi contrattuali, "la modalità con cui viene comunque garantito il rispetto del limite di remunerazione delle strutture correlato ai volumi di prestazioni, concordato ai sensi della lettera d), prevedendo che in caso di incremento a seguito di modificazioni, comunque intervenute nel corso dell'anno, dei valori unitari dei tariffari regionali per la remunerazione delle prestazioni di assistenza ospedaliera, delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale, nonché delle altre prestazioni comunque remunerate a tariffa, il volume massimo di prestazioni remunerate, di cui alla lettera b), si intende rideterminato nella misura necessaria al mantenimento dei limiti indicati alla lettera d), fatta salva la possibile stipula di accordi integrativi, nel rispetto dell'equilibrio economico-finanziario programmato". Vale a dire, che la modificazione, in corso di esecuzione del contratto, dei valori unitari delle prestazioni comporta automaticamente la rideterminazione del solo volume delle prestazioni contrattualmente individuato, e ciò al fine di consentire il rispetto del corrispettivo preventivato, che deve rimanere invariato.

Ad ulteriore garanzia del rispetto dei volumi di prestazione e dei tetti di spesa, individuati in sede di programmazione regionale ma da recepirsi in sede contrattuale, vi è poi la previsione del comma 2-quinquies, sulla (se non automatica, comunque doverosa) sospensione dell'accredito, e quindi della possibilità di erogare prestazioni per conto del servizio sanitario nazionale, per l'ipotesi di mancata stipula degli accordi contrattuali.

Dette nuove disposizioni riguardano tutti gli enti erogatori, ad eccezione delle aziende ospedaliere e dei presidi delle unità sanitarie locali (viceversa, chiamate a stipulare accordi contrattuali alla luce di tutti i contenuti indicati dall'articolo 8-quinquies, comma 2, compresa la lettera d), che consente la rideterminazione, a consuntivo, del corrispettivo preventivato); quindi, anche gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti.

A conferma di una disciplina che sembra ormai escludere per le strutture private (comprese quelle "equiparate" alle strutture pubbliche) il diritto alla remunerazione delle prestazioni rese al di fuori delle previsioni della programmazione, l'articolo 1, comma 18, ultimo periodo - anch'esso introdotto dal D.L. n. 112 del 2008 - ribadisce che "Le attività e funzioni assistenziali delle strutture equiparate di cui al citato articolo 4 comma 12, con oneri a carico del servizio sanitario nazionale, sono esercitate esclusivamente nei limiti di quanto stabilito negli specifici accordi di cui all'art. 8

quinquies".

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. n. 14 del 2004 (che ha individuato percentuali fisse di pagamento delle tariffe - c.d. regressione tariffaria) e con l'articolo 18, della L.R. n. 26 del 2006 (che ha demandato l'individuazione delle percentuali alla Giunta regionale). Successivamente, l'articolo 3 della L.R. n. 12 del 2010 (di approvazione del Piano di rientro sanitario), abrogando espressamente le predette disposizioni, ha vietato l'erogazione e remunerazione con oneri a carico del servizio sanitario regionale 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).

10. Quanto finora esposto vale per la remunerazione delle prestazioni erogate oltre le previsioni dei c.d. tetti di spesa. Diversa è la regola applicabile al ripianamento dei disavanzi. 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 (rifinanziamento 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 (sempreché questa sia la scelta politico-amministrativa) il ripianamento agli ospedali pubblici in quanto componenti del patrimonio dell'Amministrazione pubblica. La ratio della differenziazione è stata individuata, dalle pronunce succitate, nel fatto che "gli ospedali pubblici rappresentano la vera e propria struttura del servizio sanitario nazionale, e il vero e proprio intervento diretto del servizio sanitario nazionale nei confronti della collettività, così come espressamente previsto dalla riforma del sistema attuata con la L. n. 833 del 1978, mentre tutte le altre strutture che in qualche modo confluiscono nello stesso sistema sono tutte in misura maggiore o minore complementari dello stesso sistema, per cui non può non rilevarsi che le strutture pubbliche, tenute comunque a rendere il servizio, debbono essere per quanto possibile messe in condizione di operare".

Ora, ad avviso del Collegio, tale affermazione può essere temperata sottolineando che, anche per le più importanti componenti private del sistema sanitario (ed è certamente il caso dei tre ospedali degli enti ecclesiastici pugliesi, che contribuiscono in misura determinante a garantire l'assistenza sanitaria a beneficio dei residenti nella regione e non solo loro), la loro permanenza nel sistema (con la dimensione e con le potenzialità operative in un dato momento raggiunte) costituisce pur sempre il frutto di una decisione che esula dalle possibilità di intervento diretto della Regione; quest'ultima, infatti, non è in grado di intervenire nelle scelte gestionali (ad esempio, agli enti ecclesiastici non si applica la normativa regionale in materia di blocco delle assunzioni e turn over), se non a livello di indirizzo, attraverso i finanziamenti agli investimenti e l'assegnazione in sede di programmazione dei rispettivi tetti di spesa. Ne discende che un'eventuale contestazione dell'insufficienza delle quantità e tipologie delle prestazioni erogabili o dell'entità delle relative tariffe di remunerazione, deve essere svolta tempestivamente mediante l'impugnazione dei provvedimenti autoritativi che esprimono le scelte effettuate dall'Amministrazione. E ne discende anche che, una volta accettati (o, il che è lo stesso, non tempestivamente impugnati, al fine di ottenere una distribuzione diversa delle risorse, la cui disponibilità è il fondamentale vincolo della

programmazione sanitaria) detti provvedimenti, lo scostamento del risultato di gestione rispetto alle previsioni, o comunque un dato contabile negativo, quale che ne sia la causa, non può fondare una pretesa ad ottenere l'intervento finanziario pubblico.

In fondo, la c.d. classificazione, alla base della equiparazione posta al centro delle rivendicazioni oggetto della presente controversia, 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 - in verità, mai messo in discussione nella controversia - 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.

11. Riassuntivamente, dal quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento delle pretese degli appellanti, emerge che:

- fino al D.L. n. 112 del 2008, i tetti di spesa non vincolavano rigidamente la remunerazione delle prestazioni esuberanti; 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 potessero 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 sussistesse al riguardo un onere di impugnazione del provvedimento con cui detti limiti di remunerazione erano stati stabiliti;
- con l'applicazione, a decorrere dal 2009, del D.L. n. 112 del 2008 (novellazione degli articoli 8-quater, 8-quinquies e 8-sexies, del D.Lgs. n. 502 del 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 quando 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;
- l'equiparazione mantiene tuttora una valenza 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;
- 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 (rifiinanziamento 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.

12. Deve a questo punto esaminarsi l'appello della Regione Puglia.

12.1. Quanto sopra esposto conduce a ritenere fondato l'appello per quanto concerne la non spettanza del ripianamento dei disavanzi.

Va osservato che, all'interno delle voci di costo che hanno determinato i disavanzi, secondo la prospettazione dell'ente ecclesiastico, vi sarebbe anche una componente relativa alla mancata (o ridotta, per effetto della regressione tariffaria) remunerazione di prestazioni erogate extra tetto, anche per il periodo anteriore al 2009.

E' a tale componente di costi che sembra potersi riferire il primo dei termini della distinzione - contenuta nella memoria finale riassuntiva dell'ente appellato - tra un "ripiano finanziario", che costituirebbe il vero oggetto della pretesa azionata, ed un "ripiano societario", che anche l'ente riconosce competere esclusivamente alla proprietà dell'ospedale. Sulla spettanza di detta remunerazione, e a maggior ragione sulla completezza e congruenza della relativa rendicontazione, non si è però svolto un contraddittorio, risultando le relative pretese assorbite nella domanda volta ad ottenere il ripianamento del disavanzo.

12.2. Tuttavia, anche ipotizzando che dal ricorso dell'ente possa desumersi una domanda, subordinata, concernente il pagamento delle prestazioni effettivamente erogate extra tetto, questo risulterebbe impedito dalla transazione intervenuta in data 12 marzo 2009.

La statuizione del giudice di primo grado in ordine all'illegittimità della d.G.R. n. 1560 del 2010 e la conseguente valutazione, sia pure incidenter tantum, della perdurante validità ed efficacia della transazione sottoscritta il 12 marzo 2009, non vengono fatte oggetto di censure nell'appello incidentale.

Sotto tali aspetti, la Regione si limita a contestare la sentenza laddove ha affermato il contenuto solo parzialmente satisfattivo del pagamento della somma pattuita transattivamente, in quanto limitato agli oneri di investimento per la costruzione del nuovo ospedale e per l'acquisto di attrezzature. Sostiene infatti che la transazione coprirebbe tutte le pretese maturate al 2008, e quindi anche gli oneri di origine diversa da quelli suindicati.

Il Collegio osserva che nella transazione l'ente ecclesiastico si è impegnato ad accettare l'importo di 45 milioni di Euro "come transattivo di ogni sua richiesta per il periodo 2002-2008, fatte salve le partite correnti ancora a credito". Si tratta di dare un significato a detta riserva.

A tal fine, significativa appare la circostanza che il ricorso n. 595/2008, definito con dichiarazione di cessazione della materia del contendere dalla sentenza n. 1099/2009, era stato proposto sia per l'annullamento del DIEF per il 2008, sia per l'accertamento di spettanze a titolo di ripiano di maggiori oneri in base al principio di equiparazione, ed abbracciava quindi pretese di rimborso di costi anche diversi rispetto a quelli direttamente collegati al nuovo ospedale.

Il questo quadro, il Collegio osserva che le argomentazioni - invocate dalla difesa della Regione - degli atti regionali presupposti (cfr. nota ARES prot. 1483 in data 3 giugno 2008, e note assessorili prot. 24/AOS in data 3 6 maggio 2008) o nelle premesse motivazionali della stessa d.G.R. n. 320/2009, di previa

approvazione della transazione, riguardano sostanzialmente la legittimità dei provvedimenti impugnati e la riconducibilità dello squilibrio economico a fattori diversi dalla inadeguatezza dei tetti e delle tariffe.

Provenendo dalla Regione, non potrebbero da sole dimostrare le intenzioni della controparte ed il significato attribuibile al contratto.

Dirimente, appare invece la circostanza che lo stesso ente ecclesiastico abbia sottolineato che il giudizio (ric. n. 595/2008) definito con dichiarazione di cessazione della materia del contendere dalla sentenza n. 1099/2009, riguardava gli oneri per il personale, al momento dell'instaurazione del giudizio quantificati dall'ente in 42.266.760,61 Euro, ai quali si aggiungevano gli oneri finanziari relativi alla costruzione del nuovo ospedale; e che "nel corso del giudizio veniva documentato che lo squilibrio finanziario per gli incrementati oneri del personale e finanziari andava aggiornato alla fine del 2008 ad oltre Euro 76.000.000,00" così che "fu convenuto tra le parti di stipulare una transazione nella misura di Euro 45.000.000,00 come equo punto intermedio tra l'importo di 42.666.760,61 per oneri del personale al 30.6.2007 e l'aggravarsi dello squilibrio finanziario al 31.12.2008 per i medesimi costi del personale tenendo in conto anche il peso dei canoni finanziari per la costruzione del nuovo ospedale fino a quel momento maturati" pag. 19, ricorso in appello).

Sembra pertanto di poter concludere che la clausola di salvezza apposta dall'ente ecclesiastico in sede di transazione assume il significato di circoscrivere alle sole partite correnti, nel senso di voci di credito relative dell'esercizio (2009) in corso, le pretese ancora controverse.

E ciò vale ad affermare la fondatezza dell'appello della Regione anche per quanto concerne detto profilo.

12.3. Riguardo al risarcimento chiesto per danno all'immagine, il TAR ne ha affermato la spettanza quale danno c.d. conseguenza, costituito dalla diminuzione della considerazione dell'ente, sia sotto il profilo della incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell'agire delle persone fisiche che ricoprono gli organi, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati o di settori o categorie di essi con cui l'ente interagisce.

Il Collegio osserva - a parte la difficoltà di riscontrare dette conseguenze negative in un sistema, come quello sanitario, nel quale ritardi di pagamenti e controversie sono dovuti a fattori strutturali e da molto tempo vengono percepiti dal pubblico e dagli operatori economici come un fatto ordinario - che, non risultando dovuto all'ente ecclesiastico nulla più di quanto pattuito transattivamente, viene a mancare il fondamentale presupposto per il risarcimento, quale c.d. danno conseguenza, del danno all'immagine.

12.4. Infine, per quanto esposto risultano irrilevanti le censure sulla impossibilità tecnica di quantificare le risorse spettanti in misura equivalente a quelle assegnate alle aziende ospedaliere; mentre, alla luce del dispositivo della sentenza appellata, sembra evidente l'inconferenza di quelle sul mutamento della quantificazione delle risorse stesse.

13. Per quanto concerne l'appello dell'ente ecclesiastico, alla luce della ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale sugli effetti dell'equiparazione, e delle sue ricadute positive nei confronti delle tesi della Regione, restano da svolgere poche considerazioni.

Detta ricostruzione dimostra l'infondatezza del primo ordine di censure, in quanto risolve in senso negativo alla tesi dell'ente appellante le contraddizioni e le lacune motivazionali denunciate nei confronti della sentenza.

Ed anche del secondo ordine di censure, posto che è stato ritenuto insussistente un diritto al ripianamento dei disavanzi, e che, nella

formulazione del D.Lgs. n. 502 del 1992, come novellata dal D.L. n. 112 del 2008, sono stati ravvisati principi che determinavano, a partire dal 2009, anche la insussistenza di un diritto alla remunerazione delle prestazioni erogate extra tetto (principi, del quale la L.R. n. 12 del 2010 ha inteso rafforzare le conseguenze). In questa prospettiva, in mancanza di una volontà della Regione Puglia nel senso di procedere al ripianamento del disavanzo dell'ente appellante, appare non rilevante la questione di costituzionalità dell'articolo 3, comma 2, della predetta L.R. n. 12 del 2010 - per violazione degli articoli 3 e 33 Cost., in quanto impedirebbe il ripiano anche quando siano state rinvenute nuove risorse di bilancio per remunerare attività che si sono dovute obbligatoriamente effettuare al di là dei tetti stabiliti preventivamente commisurandoli alle risorse disponibili in bilancio preventivo - che l'ente ecclesiastico ha chiesto (nella memoria finale riassuntiva) venisse sollevata.

14. In considerazione della complessità delle questioni affrontate, sussistono giustificati motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio. P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- accoglie l'appello della Regione Puglia e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

- respinge l'appello dell'ente ecclesiastico Ospedale Generale Regionale "F. Miulli".

Spese compensate.

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