

Pubblicato il 01/12/2021

N. 01760/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00438/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 438 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Ricerche Diagnostiche s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Campanile e Nicola Dentamaro, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

contro

Regione Puglia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Scagliola e Francesco Maria Settanni, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito;

Azienda sanitaria locale Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della nota della Regione Puglia, Dipartimento promozione della salute del benessere sociale e dello sport per tutti, Sezione strategie e governo dell'offerta, Servizio accreditamenti e qualità, prot. AOO_183/126 dell'8 gennaio 2018, recante il parere non favorevole di compatibilità al rilascio di autorizzazione alla realizzazione di apparecchiatura RMN – grande macchina in favore di Ricerche Diagnostiche s.r.l. nel Comune di Barletta;

- di ogni altro eventuale atto o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, in quanto lesivo degli interessi del ricorrente, ancorché non conosciuto, nonché, in particolare, delle note del Direttore Generale della ASL di Bari, prot. n. 10103/I del 17 gennaio 2012 e del Direttore Generale della medesima ASL, prot. n. 166335/UOR 01 del 2 ottobre 2013, di contenuto ignoto;

- del Regolamento della Regione Puglia n. 3/2006 e s.m.i., nella parte in cui fissa dei parametri ai fini della verifica della compatibilità di cui all'art. 3, comma 1, lett. a della l.r. n. 8/2004, senza però stabilire al contempo un meccanismo di aggiornamento periodico degli stessi legato alla domanda effettiva di prestazioni sanitarie riveniente dai distretti ASL;

quanto ai motivi aggiunti:

- della nota della Regione Puglia, Dipartimento promozione della salute del benessere sociale e dello sport per tutti, Sezione strategie e governo dell'offerta, Servizio accreditamenti e qualità, prot. AOO_183/5663/2020 del 15 aprile 2020, avente ad oggetto "Cont. n. 317/18/SE;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2021 l'avv. Donatella Testini.

L'udienza si tiene mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020 n. 137 e dall'art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2020 n. 28, convertito con modificazioni dalla legge 25 giugno 2020 n. 70, mediante la piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa, di cui all'allegato 3 al decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 maggio 2020 n. 134;

Nessun atto è stato depositato dalle parti ai fini della presenza a verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Esponde la società ricorrente, operante nel campo della radiodiagnostica, di essere autorizzata all'esercizio di attività ambulatoriale di radiologia diagnostica, anche tramite apparecchiatura TAC, rilasciata dal Sindaco

del Comune di Bari con provvedimento prot. n. 27130/II/1 del 3 marzo 2011, effettuata in regime di accreditamento con la Regione Puglia, sia con riferimento all'attività ambulatoriale di radiologia diagnostica, sia in relazione a diagnosi effettuate con apparecchiatura TAC.

Soggiunge di aver presentato, in data 3 novembre 2017, istanza di autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio di struttura sanitaria, con riferimento alla volontà di installare presso lo studio di Bari un'apparecchiatura RMN – grande macchina.

Con la nota avversata con il presente gravame, la Regione Puglia ha emesso un parere non favorevole di compatibilità al rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio per apparecchiatura TAC, in quanto distretto

- atteso che “dalla ricognizione delle grandi macchine RMN, TAC e PET ... risultano installate n. 12 RMN (di cui n. 4 presso strutture pubbliche e n. 8 presso strutture private)”;

- “il fabbisogno di RMN grandi macchine per il territorio della ASL BA risulta soddisfatto”.

Avverso tale atto vengono, con il presente mezzo di tutela, articolati i seguenti profili di doglianza:

1) *Erronea applicazione della l.r. Puglia n. 9/2017 e del regolamento regionale n. 3/2006. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Erronea presupposizione in diritto*

Premessi cenni sul quadro normativo in materia, parte ricorrente evidenza che il parametro per la verifica della compatibilità dell'installazione di una nuova RMN con il fabbisogno regionale in materia utilizzato dalla Regione Puglia non esisterebbe più, in quanto abrogato dalla legge regionale n. 9/2017 (conseguentemente, dovendo ritenersi abrogato anche il regolamento regionale n. 3/2006, in quanto norma attuativa degli artt. 3 e 7 della l.r. n. 8/2004).

2) *Violazione dell'art. 7, comma 3, della l.r. Puglia n. 9/2017. Violazione dell'art. 32 Cost. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Sviamento*

Nell'osservare come l'art. 7, comma 3, della legge regionale n. 9/2017 imponga alla Regione di emettere il parere di compatibilità “sentita l'azienda sanitaria locale interessata in relazione alla localizzazione territoriale delle strutture sanitarie e sociosanitarie della tipologia di attività richiesta già presenti in ambito provinciale”, rileva la ricorrente che, quanto alla vicenda all'esame, la A.S.L. di Bari non sarebbe stata sentita (essendosi l'Amministrazione regionale limitata a richiamare una “ricognizione delle grandi macchine RMN, TAC e PET trasmessa dal Direttore Gen. della ASL BA, con nota prot. n. 10103/I del 17/01/2012 e integrata con nota prot. n. 166335/UOR 01 del 02/10/2013”).

3) *Violazione, erronea e falsa applicazione del regolamento regionale Puglia n. 3/2006 e s.m.i.*

Ove mai vigente, il regolamento regionale n. 3/2006 sarebbe stato dalla precedente Amministrazione non correttamente applicato, atteso che

- se tale testo normativo contempla un fabbisogno RMN di 1 apparecchiatura ogni 120.000 abitanti “escluse quelle delle A.O. e IRCCS”,

- allora, la Regione nel calcolo del fabbisogno complessivo per il Distretto della A.S.L. Di Bari avrebbe dovuto escludere le 4 RMN presenti presso strutture pubbliche, anziché sommarle alle 8 RMN operanti presso strutture private (con riveniente emersione di un fabbisogno presso le strutture private dotate di apparecchiature RMN, a fronte di una carenza di n. 3 centri diagnostici).

4) *Violazione dell'art. 8 del D.Lgs. n. 502/1992 e s.m.i. Violazione degli artt. 3 e 7 della l.r. Puglia n. 9/2017. Violazione dell'art. 41 Cost. e del decreto legge n. 1/2012 e s.m.i. Violazione dell'art. 34 del decreto legge n. 201/2011. Violazione dell'art. 32 Cost. Violazione dei principi e delle norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea in materia di libero mercato e di concorrenza*

Nell'osservare come il parere di compatibilità rilasciato dalla Regione sia funzionale esclusivamente alla corretta localizzazione delle strutture, ossia all'esigenza di garantire un trattamento essenziale e omogeneo ai cittadini nei territori regionali, mediante un numero minimo di strutture sanitarie da autorizzare, la ricorrente assume che il parametro di compatibilità di cui al regolamento n. 3/2006 non individui un numero massimo di apparecchiature da attribuire a un distretto A.S.L. quanto, piuttosto, la quantità minima di strutture private che connotano un'area con “servizi accessibili”, come disciplinato dall'art. 8-ter del decreto legislativo n. 502 del 1992.

La condotta nella fattispecie osservata dalla Regione si porrebbe, pertanto, in contrasto con i principi nazionali ed europei in materia di concorrenza; ulteriormente argomentandosi l'illegittimità dell'interpretazione da quest'ultima operata della verifica di compatibilità, prevista dall'art. 8-ter del decreto legislativo n. 502 del 1992 e dagli artt. 3 e 7 della legge regionale n. 8 del 2004, nonché, di conseguenza, in relazione al parametro di cui al regolamento n. 3/2016.

Laddove la verifica di compatibilità dovesse ritenersi finalizzata al contingentamento delle RMN realizzabili presso strutture private non convenzionate con il sistema sanitario nazionale, tale ultimo testo normativo si rivelerebbe illegittimo per violazione dell'art. 8-ter del decreto legislativo n. 502 del 1992 e dell'art. 3 della legge regionale n. 9 del 2017, dell'art. 32 della Costituzione e dei principi costituzionali ed europei di libertà di iniziativa economica concorrenziale, rispetto ai quali sono incompatibili tutte le previsioni normative che determinano, anche soltanto di fatto, un blocco a tempo indeterminato dell'ingresso sul mercato di nuovi operatori privati (e che quindi, in assenza di ragioni di tutela del diritto alla salute, si traducono in un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato). Illegittimità aggravata dalla mancata previsione di un meccanismo di aggiornamento periodico del parametro quantitativo al cui rispetto esso subordina la verifica di compatibilità (ovvero, per non aver previsto un meccanismo di concreta verifica dell'effettiva domanda di prestazioni sanitarie espresse dai distretti delle Aziende sanitarie di riferimento).

5) *Violazione dell'art. 10-bis della l. n. 241/1990 e s.m.i.*

Lamenta parte ricorrente, da ultimo, la mancata comunicazione del preavviso di rigetto, in violazione della disposizione indicata in epigrafe e delle accessive garanzie procedurali.

Conclude l'istante insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

L'Amministrazione regionale intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza telematica del giorno 8 giugno 2021.

DIRITTO

1. Come dalla stessa parte ricorrente posto in evidenza (cfr. memoria depositata il 6 maggio 2021), questa Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi sulla vicenda che ha dato luogo alla presente controversia, in esito a ricorso promosso dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (ricorso iscritto al numero di registro generale 1617 del 2018) avverso i medesimi atti oggetto del gravame ora all'esame.

Il contenzioso sopra citato, in particolare, ha tratto fondamento dal convincimento, da A.G.C.M. esposto quale essenziale nucleo motivazionale del proposto gravame, in ordine alla violazione consumata dall'Amministrazione regionale dei principi in materia di concorrenza.

Gli atti in questione avrebbero, infatti, rivelato idoneità pregiudizievole, quanto all'esercizio dell'attività sanitaria esclusivamente privata (e, dunque, non a carico del S.S.N.) in assenza di esigenze di interesse generale, con conseguente vulnerazione del principio della libera scelta del luogo di cura e dei professionisti cui rivolgersi, in contrasto con gli artt. 34, commi 2 e 7, della legge 22 dicembre 2011, n. 214 (di conversione, con modificazioni, del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 – c.d. decreto Salva Italia), con l'art. 8-bis, comma 2, del decreto legislativo n. 502 del 1992 e con l'art. 41 della Costituzione, nonché con il principio di proporzionalità.

2. La controversia anzidetta è stata definita con sentenza n. 343 del 2 marzo 2020, dalla Regione Puglia appellata dinanzi al Consiglio di Stato.

La Sezione VI, con sentenza n. 2301 del 17 marzo 2021, nel confermare quanto da questa Sezione indicato nella pronuncia sopra ricordata, ha, in particolare, rilevato che la giurisprudenza dello stesso Consiglio (cfr. Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1589) già aveva avuto modo di rilevare l'assenza di contrasto fra il quadro normativo di riferimento ed i principi e le regole dell'Unione europea, "in quanto lo strumento di pianificazione, previsto dall'art. 8-ter, comma 3, d.lgs. n. 502 del 1992, assolve alla funzione di garantire la corretta distribuzione, sul territorio, delle apparecchiature in modo che siano adeguatamente servite tutte le zone, anche quelle a bassa redditività, che in mancanza di tale strumento non sarebbero coperte" (cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. III, 4 settembre 2017, n. 4187 e 11 ottobre 2016, n. 4190).

Anche per la Corte di Giustizia, "una programmazione che richieda una previa autorizzazione per l'installazione di nuovi prestatori di cure può rendersi indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle cure ambulatoriali e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica che si adatti alle necessità della popolazione, ricomprenda tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate"; dimostrandosi, pertanto, "legittimo che uno Stato membro organizzi i servizi di assistenza medica in modo da dare priorità ad un sistema di prestazioni in natura affinché ogni paziente acceda facilmente, sull'intero territorio nazionale, ai servizi dei medici convenzionati".

In tale contesto, "un regime di previa autorizzazione amministrativa, perché sia giustificato anche quando deroghi ad una di tali libertà fondamentali, deve essere fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, che garantiscono la sua idoneità a circoscrivere sufficientemente l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali" (Corte di Giustizia, 10 marzo 2009, C-169/07).

La citata pronuncia del Consiglio di Stato, n. 1589/2019, aveva peraltro precisato che “tale discrezionalità ... non è né può essere illimitata, né schiudere la strada ad ingiustificate e sproporzionate restrizioni dell’iniziativa economica, senza trovare un ragionevole e proporzionato controbilanciamento nella cura in concreto, da parte della pubblica amministrazione decidente, dell’interesse pubblico demandatole, mediante un adeguato apparato motivazionale a supporto del provvedimento, e nella presupposta, oggettiva, valutazione dell’interesse pubblico finalizzato alla tutela del diritto alla salute, soprattutto ove si tengano presenti le lunghe liste d’attesa, in Puglia, per l’esecuzione di esami radiodiagnostici e di fronte ad una domanda, crescente nel tempo, di esami, che rivela, se non impone, un aggiornamento del fabbisogno e dei parametri di riferimento per la sua valutazione, parametri che devono essere adeguati e proporzionati rispetto all’esigenza pubblica da tutelare”.

3. Nella – parimenti evocata – sentenza n. 2301 del 2021 resa *inter partes*, il Consiglio di Stato ha escluso la censurabilità della appellata pronuncia di questa Sezione, nella parte in cui è stato dato atto della “carenza di motivazione dei pareri impugnati, rilevando che gli stessi erano fondati su una ricognizione del fabbisogno risalente al 2013, per quanto concerne la installazione di RMN (nel complesso, pari a 12, di cui n. 4 presso strutture pubbliche e n. 8 presso strutture private); e aggiornata al 2017, relativamente alla grandi macchine TAC (presenti sul territorio in numero complessivo di 31, delle quali n. 15 presso strutture pubbliche e n. 16 presso strutture private), imponendo pertanto alla Regione di rideterminarsi tenendo conto dei principi già espressi da questo Consiglio nella citata sentenza n. 1589/2019”.

Se, conseguentemente, “l’assenza di un’aggiornata istruttoria sulla configurazione quantitativa della domanda sanitaria sul territorio e della corrispondente offerta da parte delle strutture private è suscettibile di tradursi in una restrizione ingiustificata all’accesso del nuovo operatore sul mercato, con indebita limitazione della sua libertà economica, non rispondente ai criteri ispiratori dell’art. 8-ter, comma 3, del D. Lgs. 502 del 1992”, il Giudice d’appello:

- nell’escludere che i provvedimenti e gli atti normativi, successivi ai pareri impugnati nel presente giudizio, siano idonei ad incidere sulla legittimità di questi ultimi, sulla base del principio *tempus regit actum*;
- ha osservato che, “quanto alle apparecchiature presenti nelle aziende ospedaliere e negli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico il TAR ha ... correttamente citato il regolamento n. 3 del 2 marzo 2006 della Regione Puglia, applicabile *ratione temporis*, nella parte in cui esclude dalla ricognizione del fabbisogno necessaria al rilascio delle autorizzazioni, le TAC e le RMN presenti presso le strutture pubbliche (aziende ospedaliere e istituti di ricovero e cura a carattere scientifico)”;
- da ultimo, disattendendo le critiche mosse dall’appellante Regione avverso la gravata sentenza di questa Sezione, nella parte in cui viene introdotto il principio di correlazione fra il contingente numerico massimo di macchinari suscettibili di autorizzazione, e la “domanda, crescente nel tempo, di esami, che rivela, se non impone, un aggiornamento del fabbisogno e dei parametri di riferimento per la sua valutazione, parametri che devono essere adeguati e proporzionati rispetto all’esigenza pubblica da tutelare”: ciò, in quanto, se il riferimento alla liste di attesa non appare “di per sé determinante nell’economia della decisione di primo grado, fungendo da argomento di supporto alla dedotta carenza di motivazione per le autonome ragioni già esposte ... non appare comunque criticabile l’aver valorizzato, anche ai fini conformativi, tale parametro, essendo invero ragionevole che l’elevato numero di utenti in attesa di poter accedere ad un servizio possa incidere sulla valutazione sottesa alla domanda di autorizzazione relativa proprio all’erogazione di quel servizio”.

4. Se, quanto al punto da ultimo riportato non può il Collegio omettere di convintamente ribadire come la considerazione del fabbisogno effettivo dell’utenza in rapporto all’attuale disponibilità dei macchinari integri una corretta declinazione dei principi di proporzionalità al fine di perseguire al meglio sia il diritto alla salute dei pazienti che la libertà di impresa del professionista privato che chiede di poter accedere a quel dato mercato, le considerazioni come sopra espresse dal Giudice di appello – aventi, come si è avuto modo di dimostrare, connotazione integralmente confermativa delle valutazioni che avevano indotto la Sezione all’accoglimento del gravame proposto dall’Autorità – integrano idoneo fondamento giustificativo ai fini del positivo apprezzamento delle doglianze articolate con il mezzo di tutela ora all’esame.

Ferma l’esclusa rilevanza degli elementi valutativi dall’intimata Regione adottati all’attenzione del giudicante, ove riguardanti ricognizioni del fabbisogno successive alla contestualizzazione temporale della sottoposta vicenda contenziosa (in stretta attuazione del divisato principio del *ne bis in idem*), gli atti gravati rilevano profili inficianti:

- sia sotto il profilo istruttorio (in ragione dell’omesso svolgimento di un’indagine avente carattere di attualità rispetto alla richiesta nei confronti della Regione formulata dall’odierna ricorrente),

- sia in chiave motivazionale, atteso che, a fronte di una non corretta declinazione della discrezionalità dei criteri programmatori che, in presenza del carattere non illimitato di quest'ultima (e a fronte della immanente esigenza di scongiurare ingiustificate e sproporzionate restrizioni allo svolgimento dell'iniziativa economica), la resistente Amministrazione regionale ha omesso l'ostensione di un adeguato apparato motivazionale a supporto della decisione assunta, vieppiù in ragione dell'esigenza di esplicitare l'operata valutazione dell'interesse pubblico finalizzato alla tutela del diritto alla salute (riguardato quest'ultimo, come dal Giudice d'appello sottolineato, "le lunghe liste d'attesa, in Puglia, per l'esecuzione di esami radiodiagnostici e di fronte ad una domanda, crescente nel tempo, di esami, che rivela, se non impone, un aggiornamento del fabbisogno e dei parametri di riferimento per la sua valutazione").

5. All'accoglimento del gravame accede, unitamente alla valenza demolitoria integrata dall'annullamento degli atti sottoposti a sindacato giurisdizionale, una ulteriore attitudine conformativa, suscettibile di imporre all'Amministrazione regionale pugliese la rinnovata valutazione della posizione pretensiva fatta valere dall'odierna ricorrente, alla luce delle esposte coordinate interpretative, all'esito di una istruttoria completa, idonea ed aggiornata in ordine alla valutazione del fabbisogno, siccome richiesta dalle pertinenti previsioni (art. 8-ter, comma 3, del decreto legislativo n. 502 del 1992; art. 7 della legge regionale n. 8 del 2004; regolamento n. 3 del 2006 della Regione Puglia; deliberazione della Giunta regionale n. 2037/2013 del 7 novembre 2013), onde verificare se il fabbisogno di macchinari RMN per il territorio dell'Azienda sanitaria di Bari risulti nell'attualità effettivamente soddisfatto (in difetto di dimostrata saturazione del fabbisogno stesso, imponendosi l'accessiva valutazione in ordine alla assentibilità del previsto parere favorevole di compatibilità).

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla, nei sensi di cui in motivazione, gli atti con esso impugnati.

Condanna la Regione Puglia al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente in ragione di € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Alfredo Giuseppe Allegretta, Primo Referendario

Donatella Testini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Donatella Testini

IL PRESIDENTE
Giuseppina Adamo

IL SEGRETARIO