

Pubblicato il 20/10/2017

N. 01584/2017 REG.PROV.COLL.

N. 01048/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm. ;
sul ricorso numero di registro generale 1048 del 2017, proposto da:
... Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato ..., con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. .. in Catanzaro, via ..;

contro

Citta' Metropolitana di Reggio Calabria, Citta' Metropolitana Rc Settore Sviluppo Economico -
Suap -, Regione Calabria Dipartimento Salute e Politiche Sanitarie non costituiti in giudizio;
Calabria Regione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato ...,
con domicilio eletto presso il suo studio in Catanzaro, ..;
Commissario Ad Acta Piano di Rientro Dai Disavanzi Sanitari della Regione Calabria, in persona
del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distr.le Catanzaro,
domiciliata in Catanzaro, via G.Da Fiore, 34;
Comune di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato ..., con domicilio per legge presso la segreteria del T.A.R. Calabria via A. De Gasperi
n.76/B in Catanzaro;

per l'annullamento

del provvedimento n. 0130140 del 22/8/2017 (CITTA' DI RC SETTORE SVILUPPO ECONOM.) e
parere prot. 233043 del 13-7-2017 Commissario ad acta Regione Calabria

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Calabria Regione e di Commissario Ad Acta Piano di
Rientro Dai Disavanzi Sanitari della Regione Calabria e di Comune di Reggio Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2017 la dott.ssa Giuseppina Alessandra Sidoti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - ... s.r.l. presentava istanza, in data 8 agosto 2016, al Comune di Reggio Calabria per ottenere l'autorizzazione, ai sensi dell'art.8 ter del d.lgs. n.229 del 1999, alla realizzazione di diversa distribuzione degli spazi della struttura sanitaria "*Centro Diagnostico per Immagini C.e.d. s.r.l.*", ai fini dell'installazione di una risonanza magnetica Total Body.

Nella medesima data, la Città Metropolitana di Reggio di Calabria – Settore Sviluppo Economico – Sportello Unico Attività Produttive Servizio Conferenze di Servizi –, con istanza recante protocollo n. 012414, avanzava alla Regione Calabria, Dipartimento n. 9 "Tutela della Salute e Politiche Sanitarie", la relativa richiesta di compatibilità con la programmazione regionale, ai sensi dell'art. 8/ter del d.lgs. 229/1999.

In data 10 ottobre 2016 seguiva il provvedimento recante protocollo n. 304134, adottato dalla Regione Calabria – Dipartimento Tutela della Salute e Politiche Sanitarie –; provvedimento a mezzo del quale l'Ente Regione, dopo aver dato atto della circostanza per la quale il Comune di Reggio di Calabria si era già attivato ai fini dell'ottenimento della verifica di compatibilità ex art. 8 D.lgs. n. 229 del 1999, precisava che "*non appena sarà formalizzato dalle AASSPP quanto richiesto con nota n. 260469 del 25 agosto 2016, lo scrivente Dipartimento trasmetterà tempestivamente le risultanze al Comune richiedente per il prosieguo di sua competenza ai sensi dell'art. 8 del D.lgs. n. 229 del 1999 e ss. mm e ii*" (provvedimento quest'ultimo già oggetto di impugnativa innanzi a questo Tribunale in seno al giudizio recante R.G. n. 7 del 2017).

A fronte dell'inerzia delle amministrazioni sollecitate, con istanza depositata in data 1 marzo 2017, la società ricorrente ha instaurato ulteriore giudizio finalizzato alla constatazione dell'illegittimità del silenzio dalle stesse serbato (r.g. n.573 del 2017)

In data 11 maggio 2017 seguiva ulteriore istanza di sollecito di rilascio dell'autorizzazione de qua, facendo leva sull'applicazione dell'art.17-bis della legge n.241 del 1990, ai sensi del quale, essendo spirato il termine di 90 giorni ivi previsto, avrebbe dovuto ritenersi positivamente adempiuto mediante silenzio assenso il momento procedimentale relativo al richiesto nulla osta da parte della Regione Calabria.

Con nota parere del 13 luglio 2017 il Commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro al disavanzo dal settore sanitario della Regione Calabria esprimeva parere contrario alla richiesta e, conseguentemente, la Città di Reggio Calabria adottava il provvedimento del 22 agosto 2017 con cui rigettava la richiesta di autorizzazione.

Parte ricorrente ha, quindi, impugnato tali ultimi atti, chiedendone, previa sospensione, l'annullamento; avverso gli stessi ha dedotto i seguenti motivi:

I) Illegittimità dei gravati provvedimenti per violazione di legge e, segnatamente, per violazione dell'art.17/bis della legge n.241/1990; Violazione di legge e, segnatamente, della circolare n.1/2017 che annulla e sostituisce la circolare n.2/2015: il parere contrario del Commissario, emesso tardivamente ed espressivo del dissenso, sarebbe illegittimo in quanto si porrebbe in contrasto con la normativa su richiamata, essendosi formato, con riferimento ad esso, per decorso del termine, il silenzio assenso; ne conseguirebbe, altresì, l'illegittimità dell'atto comunale che ad esso si è uniformato;

II) Illegittimità dei gravati provvedimenti per eccesso di potere sub specie di inosservanza di circolari;

III) Illegittimità del provvedimento adottato dalla Regione Calabria e denominato "parere" per essere stato reso in assenza di potere;

IV) Illegittimità dei gravati provvedimenti per eccesso di potere sub specie disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta: la Regione Calabria (nella persona del Commissario ad Acta per l'attuazione del vigente piano di rientro dei disavanzi del SSR calabrese), in una fattispecie perfettamente sovrapponibile a quella riguardante l'odierna ricorrente, ha appositamente adottato la DCA n. 99 del 3 luglio 2017, avente ad oggetto "*Presa d'atto sentenza n. 2228/2016 Tar Calabria Catanzaro – Autorizzazione Sanitaria all'esercizio Società Fia s.r.l. con sede in Squillace - Catanzaro*";

V) Illegittimità dei gravati provvedimenti per eccesso di potere e segnatamente per evidente contraddittorietà intrinseca degli stessi e contraddittorietà tra più parti dello stesso provvedimento.

2. - In data 10 ottobre 2017 si è costituito, con memoria di stile, il Commissario ad acta Piano di rientro dai disavanzi sanitari della Regione Calabria; in data 13 ottobre si sono altresì costituiti la Regione Calabria e il Comune di Reggio Calabria.

3. - Alla camera di consiglio del 18 ottobre 2017, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il ricorso, previo avviso alle parti ai sensi dell'art.60 del cod. proc. amm., è stato posto in decisione.

4. – Il ricorso è in parte inammissibile e per il resto infondato per le ragioni che seguono.

4.1. - Il Collegio ritiene prioritariamente di dovere specificare il quadro regolatorio vigente in materia.

Questo Tribunale Amministrativo Regionale (cfr. da ultimo sez. II, n.801 del 19 maggio 2017) ha già osservato che il provvedimento definitivo di autorizzazione alla realizzazione di una struttura sanitaria o all'ampliamento di una struttura già esistente è di competenza del Comune, titolare della funzione autorizzatoria in materia edilizia, poiché il profilo di specialità derivante dalla destinazione della struttura alla erogazione di prestazioni sanitarie si sovrappone - senza escluderlo - a quello ordinario di verifica della regolarità urbanistica rientrante appunto nella competenza comunale.

La verifica di compatibilità del progetto rispetto alle linee programmatiche regionali costituisce un atto infraprocedimentale di natura obbligatoria e vincolante per l'amministrazione comunale, che deve necessariamente conformarsi alla valutazione operata dalla Regione, titolare del potere programmatico.

In questo assetto ordinario di ripartizione delle competenze, si inserisce quello "emergenziale" oggi vigente nella Regione Calabria, caratterizzato dai poteri sostitutivi del Commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro dal disavanzo del Servizio Sanitario Regionale nominato ex art. 120 Cost., cosicché, come recentemente precisato (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4059; cfr. anche Cons. Stato, Sez. III, 27 aprile 2015, n. 2151), per effetto della nomina del predetto organo straordinario, alla Regione "*resta precluso (in via temporanea) l'esercizio delle funzioni di amministrazione delle procedure attinenti alle competenze sanitarie*", le quali sono assegnate in via sostitutiva al Commissario ad acta.

Alla luce del quadro regolatorio sopra riportato, può innanzitutto affermarsi che l'atto endoprocedimentale di valutazione di conformità del progetto di ampliamento della struttura edilizia di cui all'art. 8-ter, comma 3 d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, è assegnato temporaneamente al Commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro dal deficit sanitario, e non alla Regione sostituita (Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4059, già citata).

Tale verifica consiste in una valutazione dell'idoneità della struttura "*a soddisfare il fabbisogno complessivo di assistenza, prendendo in considerazione le strutture presenti in ambito regionale secondo i parametri dell'accessibilità ai servizi ed avuto riguardo alle aree di insediamento prioritario di nuovi presidi*" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 11 gennaio 2013 n. 550).

In buona sostanza, la verifica regionale di compatibilità del progetto di realizzazione di una nuova struttura sanitaria costituisce un subprocedimento avente carattere presupposto, caratterizzato per il fatto che la Regione (e per essa oggi il Commissario) è tenuta ad esprimersi non sulla conformità urbanistico-edilizia dell'intervento, spettando tale esame al Comune, bensì sulla compatibilità e coerenza con le esigenze poste dalla programmazione sanitaria ed ospedaliera (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2012 n. 445).

Orbene, quest'ultima (ossia la programmazione sanitaria e ospedaliera relativa al fabbisogno d'area, che la competente ASP deve adottare ai sensi del D.C.A. n.32/2017 e che successivamente è soggetta all'approvazione da parte della struttura commissariale con apposito DCA) non risulta ancora avere avuto conclusione e, su tali basi, il Commissario ad acta ha espresso parere contrario alla proposta in esame, con conseguente rigetto, da parte del Comune, della relativa istanza.

4.2. – Questo essendo il panorama normativo e fattuale di riferimento, il Collegio non ritiene si possa condividere l'assunto di parte ricorrente, secondo cui illegittimi sarebbero il parere contrario del Commissario - essendosi formato su di esso il silenzio assenso per decorso dei termini - ed il conseguente diniego comunale.

Preliminarmente va osservato che il Consiglio di Stato, anche di recente (cfr. da ultimo sez. III, n.4187 del 4 settembre 2017; n. 4190 dell'11 ottobre 2016), in materia di strutture sanitarie, ha condivisibilmente affermato che:

- la disposizione sulla liberalizzazione non si deve applicare alle autorizzazioni per strutture sanitarie private, per la cogente rilevanza dell'articolo 8-ter del D.lgs. cit. n. 502/1992, come è dimostrato dallo stralcio, in sede di conversione del d.l. n. 90/2014, della norma che abrogava l'art. 8-bis cit.;

- il provvedimento comunale resta quindi subordinato alla verifica da parte della Regione, della compatibilità del progetto con i fabbisogni complessivi e le localizzazioni delle strutture territorialmente presenti in ambito regionale, al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture;

- l'autorizzazione delle strutture private deve in ogni caso restare inserita nell'ambito alla programmazione regionale.

Al riguardo non è inutile ricordare che l'art. 8-ter, comma 3 d.lgs. n. 502/1992 espressamente prevede: *“Per la realizzazione di strutture sanitarie e sociosanitarie il Comune acquisisce, nell'esercizio delle proprie competenze in materia di autorizzazioni e concessioni di cui all'art. 4 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n.398, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 493 e successive modificazioni, la verifica di compatibilità del progetto da parte della regione. Tale verifica è effettuata in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture”*.

La stessa costruzione letterale della norma (per cui *“...il Comune acquisisce ...”*) dimostra che, nella complessa catena procedimentale, il parere regionale ha un carattere ontologicamente autorizzatorio.

Il giudizio di compatibilità della nuova iniziativa, rispetto agli interessi pubblici generali indicati specificamente dalla legge (*“fabbisogno complessivo”* e *“localizzazione territoriale”*), costituisce dunque il necessario, anche se non sufficiente, fondamento del provvedimento finale del Comune.

Il parere regionale di compatibilità è, insomma, configurato come un atto interlocutorio e necessario del procedimento che si può concludere solo con il rilascio, o il diniego di autorizzazione, di competenza del Comune.

In tale senso, anche al fine di prevenzione del contenzioso, il provvedimento regionale è considerato privo di un autonomo rilievo, e quindi del carattere della definitività (Cons. St., sez. III, n.4187 del 4 settembre 2017).

Ciò posto, in assenza del presupposto giuridico-fattuale costituito dalla programmazione sanitaria ed ospedaliera, specie in una Regione soggetta ai vincoli stringenti – anche dimensionali, con riferimento alle strutture sia pubbliche che private - del piano di rientro dai disavanzi, non è possibile il rilascio di autorizzazioni sanitarie *per silentium* (cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, ord. caut. N.315 del 22 agosto 2017).

In particolare, in assenza di programmazione sanitaria, non è possibile rendere il parere di compatibilità rispetto ad essa (per l'appunto assente) e, conseguentemente, per le ragioni esposte, non è possibile il rilascio dell'autorizzazione sanitaria.

4.3. – Né può ritenersi formato, come sostenuto da parte ricorrente, il silenzio assenso sulla verifica di compatibilità del progetto, ai sensi dell'art.17-bis legge n.241 del 1990.

La norma sopra citata testualmente prevede che *“nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente. Il termine è interrotto qualora l'amministrazione o il gestore che deve rendere il proprio assenso, concerto o nulla osta rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate e formulate in modo puntuale nel termine stesso. In tal caso, l'assenso, il concerto o il nulla osta è reso nei successivi*

trenta giorni dalla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento; non sono ammesse ulteriori interruzioni di termini.

Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento”.

Il silenzio assenso di cui all'art. 17 bis introduce un nuovo paradigma nei rapporti tra amministrazioni pubbliche, operando in una duplice prospettiva di semplificazione. Da un lato, la norma incide sui tempi del procedimento amministrativo; dall'altro, equipara l'inerzia ad un atto di assenso, che consente all'amministrazione precedente di assumere la decisione finale.

In tutte le ipotesi di decisione pluristrutturata, in forza di tale innovativa normativa, il silenzio dell'amministrazione interpellata non avrà più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale, ma, essendo equiparato *ope legis* ad un atto di assenso, consentirà all'amministrazione precedente di adottare comunque il provvedimento conclusivo.

È però necessaria, ai fini dell'applicazione del “nuovo paradigma”, una prospettazione dell'amministrazione precedente come elaborata nello schema di provvedimento alla quale l'amministrazione richiesta può aderire o opporsi, senza margini di ulteriore apprezzamento.

Infatti, come specificato nel parere dell'Adunanza della Commissione Speciale del Consiglio di Stato del 23 giugno 2016 (n.1640/2016), “*l'art.17-bis è ... destinato ad applicarsi solo ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del nomen iuris, abbia valenza co-decisoria*”; insomma “... *l'art.17 bis fa riferimento ad atti da acquisire nella fase decisoria, dopo che l'istruttoria si è chiusa. Il comma 1 prevede, infatti, che all'amministrazione che deve esprimere l'assenso venga inviato uno schema di provvedimento, corredato dalla relativa documentazione. Il riferimento allo schema di provvedimento implica che si sia già chiusa la fase istruttoria, dovendosi ritenere che siano proprio le risultate dell'istruttoria a consentire all'Amministrazione precedente l'elaborazione dello schema di decisione sul quale l'Amministrazione interpellata esprimerà il proprio assenso*”.

Ciò spiega l'estensione del meccanismo di cui all'art.17-bis agli interessi sensibili, restando gli stessi pienamente tutelati nella fase istruttoria, che precede quella co-decisoria, a cui si riferisce l'articolo in questione.

Ed ancora il detto parere conclude che “*Quanto alla successiva fase decisoria, anche nei casi in cui opera il silenzio-assenso, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione precedente*”.

Tanto premesso ritiene il Collegio che la normativa invocata non sia applicabile al caso di specie ove la fase istruttoria è tutt'altro che conclusa e ove non c'è (né potrebbe esserci per le ragioni sopra esposte) uno schema di provvedimento già predisposto dall'amministrazione precedente ed inviato alla Regione (rectius al Commissario) nell'ambito di una decisione pluristrutturata.

Peraltro, anche nei casi in cui opera il silenzio assenso ai sensi del detto art.17-bis (es. pareri vincolanti), come detto, l'interesse sensibile deve essere comunque oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione precedente, ma, nel caso, proprio per l'assenza della detta programmazione

territoriale, non vi sono i margini per una valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente (ossia del Comune) dell'interesse sotteso.

4.4. - Conclusivamente, sottolinea il Collegio che il silenzio assenso, ai sensi dell'art.17-bis della legge n.241 del 1990, si applica esclusivamente ai casi in cui, nell'ambito di una decisione pluristrutturata (co-decisione), un'amministrazione sia chiamata ad esprimere una valutazione su uno schema di provvedimento già predisposto dall'amministrazione procedente (meccanismo di coordinamento tra amministrazioni) al termine della fase istruttoria; esso, pertanto, non è applicabile alla fattispecie in esame ove la fase istruttoria non appare conclusa, ove non vi è uno schema di provvedimento sottoposto alla Regione ed ove il parere di verifica della compatibilità della Regione, ex 8-ter del D.lgs. cit. n. 502/1992, avente la specifica finalità di cui si è detto, non è stato reso nei termini per l'assenza del necessario ed imprescindibile presupposto costituito dalla programmazione sanitaria.

4.5. – Alla stregua delle superiori argomentazioni il ricorso, come formulato, va in parte dichiarato inammissibile, laddove impugna il parere negativo del Commissario Straordinario, in quanto atto interlocutorio privo di autonomo rilievo; per il resto il ricorso va rigettato.

Il Collegio non può esimersi, tuttavia, dal rilevare che l'arresto procedimentale in relazione alla pianificazione sanitaria e ospedaliera – causa dei rigetti impugnati - potrà essere superato con gli ordinari strumenti processuali avverso il silenzio, volti ad indurre gli organi competenti ad espletare la necessaria e propedeutica attività programmatica.

5. – Le spese, tuttavia, in considerazione della novità e complessità della vicenda possono essere, in via d'eccezione, compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile e per il resto lo respinge come in parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Emiliano Raganella, Primo Referendario

Giuseppina Alessandra Sidoti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppina Alessandra Sidoti

IL PRESIDENTE

Nicola Durante