

condanna della Regione al risarcimento danni per illegittimità della graduatoria unica regionale di medicina generale

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza in sede di giudizio per il risarcimento del danno derivante da provvedimento e (o) comportamento illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad invocare la illegittimità della condotta tenuta dall'Amministrazione, quale indice presuntivo della colpa, restando a carico della P.A. l'onere di dimostrare che si è trattato di errore scusabile.

Orbene, appare di tutta evidenza come, nella vicenda qui in rilievo, il quadro normativo fosse sufficientemente chiaro, non sussistessero contrasti giurisprudenziali, di cui comunque non si è offerta evidenza, né complesse circostanze di fatto, la cui presenza potrebbe sostanziare l'errore scusabile da parte dell'Amministrazione.

Ed, infatti, il grave errore compiuto dalla PA è fatto palese dal fatto che si trattava "soltanto di rilevare una corrispondenza già presente nella tabella B in questione", dunque un'attività meramente ricognitiva di un dato testuale.

Cons. Stato Sez. III, Sent., (ud. 31-05-2018) 07-06-2018, n. 3436

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5897 del 2017, proposto dalla Regione Basilicata, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maddalena Bruno, con domicilio eletto presso l'Ufficio di Rappresentanza della Regione Basilicata in Roma, via Nizza, 56;

contro

N.M.M., rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Vannicelli, Alessandro Malossini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Vannicelli in Roma, via Varrone 9; Appellante incidentale

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 00451/2017, resa tra le parti e concernente,

per quanto riguarda l'appello principale,

la condanna della Regione Basilicata al risarcimento danni per illegittimità della graduatoria unica regionale di medicina generale;

e, per quanto riguarda l'appello incidentale,

la misura dei danni risarcibili riconosciuta in sentenza.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del dr. N.M.M. e l'appello incidentale dal medesimo spiegato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2018 il Cons. Umberto Maiello e uditi per le parti gli avvocati Maddalena Bruno e Alessandro Malossini;

Svolgimento del processo

Con il gravame in epigrafe la Regione Basilicata chiede la riforma della sent. n.451/17, depositata il 19.06.17, con la quale il TAR di Basilicata ha (parzialmente) accolto il ricorso proposto dal dott. M. e volto ad ottenere il risarcimento del danno derivante dall'illegittimità della graduatoria unica regionale di medicina generale per la Regione Basilicata per gli anni 1997,1998 e successivi, nella parte in cui, non attribuendo all'attuale ricorrente il punteggio aggiuntivo di 0,50 per la sua specializzazione in " Tisiologia e malattie dell'apparato respiratorio", non gli ha consentito di conseguire l'incarico di medicina generale sin dal 1997, illegittimità riconosciuta dalla sent. n. 68/14 del Tar Basilicata depositata il 20.01.2014.

Segnatamente, i giudici di prime cure, muovendo dalla suddetta, accertata illegittimità, hanno ritenuto sussistente un danno ingiusto "...consistente nella perdita di chance da parte dell'interessato di ottenere l'incarico in questione, presso una delle sedi disponibili a partire dal 1998 e fino al 2001.." e stimato il danno risarcibile in Euro 10.536,00 pari al "...40% della possibilità di accedere a sede di gradimento, anche fuori dalla provincia di Matera, nel triennio 1998 / 2001".

Avverso la suddetta decisione l'appellante deduce che il giudice di prime cure avrebbe erroneamente riconosciuto sussistente in capo alla Regione Basilicata il requisito della colpa. Di contro, l'amministrazione regionale, oltre ad essersi strettamente attenuta al dato normativo di riferimento (D.M. 10 marzo 1983 -tabella B), che non contemplerebbe tra le specializzazioni affini alla Medicina Generale anche quella in Tisiologia, si sarebbe avvalsa, altresì, di un parere richiesto al Ministero della Salute, autorità abilitata a fornire un'interpretazione autentica della norma de qua.

Resiste in giudizio la parte appellata che ha chiesto il rigetto dell'appello proposto dalla Regione Basilicata in quanto inammissibile e/o infondato e spiegato appello incidentale.

Segnatamente, con tale mezzo l'appellante incidentale contesta, anzitutto, il capo della sentenza con il quale il giudice di prime cure ha ritenuto non condivisibile la prospettazione posta a base del ricorso secondo cui dovrebbe considerarsi "accertata" la spettanza dell'incarico de quo nel quadriennio 1997/2001.

Sul punto l'appellante deduce che:

- se l'amministrazione avesse fatto una corretta applicazione della normativa di legge, sarebbe giunta ad assegnare al dott. M. la sede vacante nella Provincia di Matera sin dal 1997 al posto del Dott. Campanaro;

- in ogni caso, ed anche a voler considerare le sole sedi vacanti fuori dalla Provincia di Matera dal 1998 in poi, sarebbe riduttivo fissare la perdita di chances nella misura del 40%, anche in ragione del fatto

che nel 1998 l'appellante aveva 36 anni e non aveva quindi alcun problema a muoversi per svolgere il proprio incarico nella provincia di Potenza (dove vi erano le sedi vacanti).

Del pari l'appellante incidentale ha attratto nel fuoco della contestazione l'ulteriore capo della sentenza relativo alla quantificazione del danno effettuata considerando una perdita di chance del 40%, un numero di potenziali assistiti nel triennio 1998 / 2001 pari a 500 e deducendo le spese nella misura del 50%, pervenendo così ad una somma di Euro 10.536,00 - (40% di 52.680 Euro) - 50 %.

Il procedimento di liquidazione seguito non terrebbe conto del fatto che, se gli fosse stato attribuito il giusto punteggio, il dott. M. avrebbe avviato esclusivamente la propria attività di medico di medicina generale. Il danno, dunque, consisterebbe non solo nella totale inattività del Dott. M. nel settore della medicina generale negli anni 1998-2002 ma anche nel fatto che tale inattività ha ritardato di ben 4 anni il raggiungimento del massimale degli iscritti e quindi ciò si è riverberato sul reddito del ricorrente. In secondo luogo le spese di gestione di un ambulatorio sarebbero notevolmente inferiori al 50% per cento del compenso. Ciò lo si evincerebbe dalla dichiarazione dei redditi del dott. M. da cui si ricava che le spese di gestione ammontano a circa il 20% del compenso e non al 50%.

All'udienza del 31.5.2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Motivi della decisione

Giusta quanto anticipato nella narrativa in fatto vale qui ribadire che, con una prima decisione, n. 68/2014, il TAR Basilicata, accogliendo integralmente la domanda del dott. M. ed annullando i provvedimenti impugnati, ha riconosciuto il diritto del ricorrente ad ottenere un punteggio di 0.50 nella graduatoria definitiva per l'anno 1998.

Tanto in ragione della valorizzazione della specializzazione da lui conseguita in " Tisiologia e malattie dell'apparato respiratorio".

Il mentovato decisum evidenzia che l'art. 3, 1 comma, del D.P.R. 22 luglio 1996, n. 484, recante l'approvazione dell'Accordo collettivo nazionale del 1996 per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale, elenca i titoli valutabili ai fini della formazione delle graduatorie, con la specificazione del punteggio attribuito a ciascuno di essi: tra quelli accademici e di studio, è inclusa, alla lett. e), la "specializzazione o libera docenza in discipline affini a quella di medicina generale ai sensi del D.M. 10 marzo 1983, tab. B", con punti 0,50.

Orbene, e per quanto qui di più diretto interesse la decisione in commento afferma che "...nella tabella B dell'epoca - ma gli aggiornamenti successivi non hanno modificato la sostanza della previsione - la voce 24 è intestata alla "Pneumologia": di questa è considerata "equipollente", tra le altre, la "tisiologia e malattie dell'apparato respiratorio" e appunto "affine" la "medicina generale"..." L'equipollenza sta in generale a indicare un'eguale valore intellettuale e professionale tra più discipline, pur diversamente denominate: sicché, la specializzazione in pneumologia e quella in tisiologia sono totalmente interscambiabili, ai fini che qui interessano, senza che la prima possa ritenersi in qualche modo prevalente sulla seconda, solo perché quella è stata scelta ad identificare un determinato gruppo di discipline, ciascuna delle quali, a sua volta, è pertanto senz'altro direttamente affine alla medicina generale".

Peraltro, nel medesimo decisum viene altresì evidenziato che "...Non si tratta, insomma, di compiere un'operazione di logica transitiva (come la Regione sembra credere, secondo gli atti versati da essa versati in causa), ma soltanto di rilevare una corrispondenza già presente nella tabella B in questione".

Tanto premesso, e venendo allo scrutinio dell'appello principale, vale preliminarmente rilevare che è ben noto al Collegio il principio secondo cui l'azione di risarcimento conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento illegittimo implica la valutazione dell'elemento psicologico della colpa, alla luce dei vizi che inficiavano il provvedimento stesso e della gravità delle violazioni imputabili all'Amministrazione, secondo l'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo amministrativo nonché delle condizioni concrete in cui ha operato l'Amministrazione, non essendo il risarcimento una conseguenza automatica della pronuncia del giudice della legittimità." (così ad es. Consiglio di Stato, sez. V, 29/01/2018, n. 586; Cons. Stato, IV, 10 gennaio 2014, n. 45).

Se ne deduce che, ove l'elemento soggettivo della colpa non fosse provato, anche ove sussistessero gli altri elementi (danno ingiusto, nesso causale fra condotta ed evento), non avrebbe luogo il risarcimento.

Secondo poi il costante orientamento della giurisprudenza (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. IV, 06-04-2016, n. 1347), fatto proprio anche da questa Sezione (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 05/09/2017, n. 4195) in sede di giudizio per il risarcimento del danno derivante da provvedimento e (o) comportamento illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad invocare la illegittimità della condotta tenuta dall'Amministrazione, quale indice presuntivo della colpa, restando a carico della P.A. l'onere di dimostrare che si è trattato di errore scusabile.

Orbene, appare di tutta evidenza come, nella vicenda qui in rilievo, il quadro normativo fosse sufficientemente chiaro, non sussistessero contrasti giurisprudenziali, di cui comunque non si è offerta evidenza, né complesse circostanze di fatto, la cui presenza potrebbe sostanziare l'errore scusabile da parte dell'Amministrazione.

Ed, infatti, il grave errore compiuto dalla PA è fatto palese dal fatto che si trattava "soltanto di rilevare una corrispondenza già presente nella tabella B in questione", dunque un'attività meramente ricognitiva di un dato testuale.

Né è possibile ritenere sufficiente - come giustamente rilevato dal giudice di prime cure nella successiva sentenza n. 00451/2017, qui gravata - al fine di dimostrare la scusabilità dell'errore il rinvio al parere del Ministero della Sanità citato da controparte e rilasciato in data 17.11.1993: il suddetto avviso, peraltro privo di qualsivoglia motivazione, è stato, infatti, reso in epoca risalente e nessuna indagine risulta abbia mai svolto la Regione appellante per verificarne la perdurante attualità, nella specie, e come sopra già osservato, platealmente smentita dalla stessa piana ed immediata chiarezza del quadro regolatorio di riferimento, per come ricostruito nella citata sentenza 68/2014.

L'appello principale va, dunque, respinto.

Quanto all'appello incidentale, va qui ribadito che il dr. M. si duole della quantificazione del danno risarcibile operata dal giudice di prime cure e che egli aveva stimato in Euro 140.476,28, oltre rivalutazione ed interessi legali a decorrere dal 28 dicembre 2001 (quando il dott. M. ha ottenuto l'incarico anche con il punteggio assegnatogli, illegittimamente inferiore a quello spettante), rapportandolo al quadriennio 1997/2001 e utilizzando come base di calcolo un numero di 1.000 assistiti per anno (compenso capitaro: Euro 35,12).

Il Giudice di prime cure ha ritenuto, anzitutto, non condivisibile la prospettazione principale di parte attrice, secondo cui dovrebbe considerarsi "accertata" la spettanza dell'incarico nel quadriennio 1997/2001.

Ai suddetti fini ha, invero, ritenuto inconfidenti le allegazioni attoree addotte a comprova di detta spettanza e relative ad un incarico ottenuto da altro concorrente con punteggio inferiore al suo nell'anno 1997; e ciò in quanto riferite a graduatoria diversa e precedente rispetto a quella annullata dal T.A.R., con la sentenza n. 68/2014.

Ha inoltre, evidenziato come non siano state indicate assegnazioni in concreto ottenute da altri candidati, dal 1998 al 2001, con punteggio inferiore a quello che sarebbe spettato al ricorrente.

In ragione di ciò e tenuto conto della complessità della procedura da seguire per l'affidamento dell'incarico al verificarsi della vacanza e della molteplicità delle variabili insite nel procedimento (gradimento della sede, interesse effettivo per le sedi a mano a mano resesi disponibili, ecc.) ha ritenuto che il danno comprovato dal ricorrente afferisse soltanto alla perdita di chance, stimata nel 40% della possibilità di accedere a sede di gradimento, anche fuori dalla provincia di Matera, nel triennio 1998 / 2001.

Di poi rispetto al quantum liquidabile ha tenuto conto dell'incompatibilità, superati i 500 assistiti, con l'attività dallo stesso svolta nel periodo in questione e del fatto che l'assegnazione di una sede determina la necessità di apertura e gestione dell'ambulatorio, sicché dal compenso che sarebbe

spettato dovessero essere dedotte, in sede risarcitoria, le spese, quantificabili nel 50% del compenso stesso.

In definitiva, considerando una perdita di chance del 40%, un numero di potenziali assistiti nel triennio 1998 / 2001 pari a 500 e deducendo le spese nella misura del 50% è pervenuto ad una somma di Euro 10.536,00 - (40% di 52.680 Euro).

Va, anzitutto, condiviso il primo assunto da cui muove la decisione di primo grado circa la rilevata insussistenza dei presupposti per il riconoscimento di un'accertata lesione del bene della vita siccome sicuramente spettante al dr. M..

Ed, invero:

- quanto al 1997 vanno richiamate le considerazioni svolte dal giudice di primo grado secondo cui il danno qui lamentato sarebbe riferibile a graduatoria diversa e precedente rispetto a quella annullata dal T.A.R., con la sentenza n. 68/2014 e, comunque, troverebbe qui applicazione il disposto di cui all'art. 1227 del codice civile, cui si richiama lo stesso articolo 30 del c.p.a., non avendo il ricorrente dato prova di aver impugnato, dinanzi al G.A., la graduatoria in argomento. Possono qui trovare applicazione i principi enunciati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio 23 marzo 2011, n. 3, secondo cui il comma 3 dell'articolo 30 del cod. proc. amm., nel prevedere che in sede di determinazione del risarcimento, "il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti", pur non evocando in modo esplicito il disposto del secondo comma dell'articolo 1227 del codice civile, afferma che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno che sarebbe stato evitabile con l'ordinaria diligenza. Da ciò emerge la rilevanza sostanziale, sul versante prettamente causale, dell'omessa o tardiva impugnazione quale fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi. La richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria ha chiarito che la regola della non risarcibilità dei danni che si sarebbero potuti evitare con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione e degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento (ivi compresa l'attivazione dei rimedi cautelari), da ultimo sancita dal comma 3 dell'articolo 30 del cod. proc. amm., è ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di una interpretazione evolutiva del capoverso dell'articolo 1227 c.c.

Ne consegue che la regola in parola risulta applicabile ad ogni azione risarcitoria finanche a quelle proposte prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, essendo espressione, sul piano teleologico, del più generale principio di correttezza nei rapporti bilaterali, mirando a prevenire comportamenti opportunistici che intendano trarre occasione di lucro da situazioni che hanno leso talvolta in modo marginale gli interessi dei destinatari tanto da non averli indotti ad attivarsi in modo adeguato onde prevenire o controllare l'evolversi degli eventi.

- relativamente, poi, alle residue annualità dagli atti del giudizio sarebbe emersa solamente nell'elenco delle località carenti del semestre ottobre 1998 - marzo 1999, adottate con DGR 836 del 20.04.99, una carenza di assistenza primaria (medicina generale) nella USL n.4 - Comune di Matera, senza che, però, risulti dimostrata - a differenza di quanto previsto per l'anno 1997 - la sicura prevalenza del ricorrente;

- quanto alla disponibilità del dott. M. a spostarsi anche in località site in Provincia di Potenza occorre tener conto di quanto opposto dalla Regione secondo cui, in siffatte evenienze, il dr. M., pur vedendosi riconosciuto il punteggio aggiuntivo di 0,50 in più, non avrebbe invece potuto usufruire dei cinque punti aggiuntivi riconosciuti per la residenza nella località carente richiesta, di cui invece ha beneficiato per la località nella Provincia di Matera.

Appare, in definitiva, di tutta evidenza che, in ragione delle plurime variabili emerse nel corso del procedimento, appare corretta la decisione di primo grado nella parte in cui, escludendo un danno diretto, ha limitato il danno risarcibile al danno cd. da perdita di chances.

Rispetto al quantum liquidato del pari si rivela immune dalle doglianze veicolate nell'appello incidentale la sentenza del TAR Basilicata che, nello sforzo di compiere una valutazione probabilistica e presuntiva della maggiore o minore probabilità di successo del ricorrente, ha stimato una perdita di chance in ragione del 40%, che tiene conto di tutte le variabili rilevate inclusa l'incompatibilità con l'incarico assistenziale fino alla soglia di 500 pazienti, applicando tale coefficiente di riduzione, da ritenersi proporzionato al grado di probabilità teorica di conseguire il bene della vita, ai valori riferibili al danno pieno.

Condivisibile si rivelano, inoltre, gli altri fattori utilizzati per il procedimento di computo, incluso quello di far riferimento ad un numero di potenziali assistiti pari a 500 nel triennio 1998 / 2001, anche in ragione del fatto che è difficile immaginare, da subito, 1000 preferenze in quanto, se è vero che si determina una carenza ogni 1000 abitanti o frazioni superiori a 500, è pur vero che le iscrizioni dei pazienti avvengono gradualmente e che, comunque, ciascun medico può acquisire fino a 1500 scelte, oltre alle deroghe consentite.

Lo stesso è a dirsi quanto alle spese stimate, nel procedimento di computo seguito in prime cure e per l'intero triennio, in appena Euro 10.536,00, da ritenersi, pertanto, del tutto congrue se si pensa alle occorrenze cui il ricorrente avrebbe dovuto far fronte per allestire un laboratorio con conseguente necessità di acquisire, a tacer d'altro, la disponibilità di un immobile e delle attrezzature di base, rispetto alle quali è davvero difficile immaginare un'incidenza annua inferiore a Euro 3.512,00.

In definitiva entrambi i mezzi vanno respinti ed, in ragione della reciproca soccombenza, possono essere compensate le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

- respinge l'appello principale;
- respinge l'appello incidentale;

Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore