**Tar Lombardia sent. n. 15/2022 del 5/01/2022 – Responsabilità medica –** Sentenza sul ricorso numero di registro generale 809 del 2020, proposto da Società Oftalmologica Italiana - Associazione Medici Oculisti Italiani, SOI AMOI, e Associazione Sindacale Medici Oculisti ed Ortottisti Italiani, ASMOOI, in persona del rispettivo legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato R. La Placa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; contro Regione Lombardia, non costituita in giudizio; nei confronti

ATS Città Metropolitana di Milano, non costituita in giudizio; per l'annullamento - del provvedimento della Regione Lombardia – Direzione Generale Welfare – G1.2020.0008315 del 19 febbraio 2020, trasmesso via pec in data 20/2/2020. Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa; Vista la richiesta di passaggio in decisione della causa senza discussione, depositata da parte ricorrente il 26/11/2021; Relatore la dott.ssa Concetta Plantamura, nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2021, tenutasi come specificato nel verbale; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue. FATTO e DIRITTO

1) Con ricorso notificato il 21/4/2020 e depositato il successivo 6/05/2020 le esponenti Associazioni hanno contestato la risposta fornita loro dalla Regione, in riscontro all’istanza del 29 aprile 2019, dalle stesse trasmessa per sollecitare un intervento in autotutela in relazione ad alcuni contenuti (in specie l’allegato A) della Deliberazione della Giunta della Regione Lombardia n. XI/1046, del 17 dicembre 2018, riportante “Determinazioni in ordine alla gestione del servizio sociosanitario per l’esercizio 2019” (c.d. Regole 2019). 2) I motivi dedotti sono tre. 2.1) Il primo motivo si dirige contro la previsione della DGR, rimasta invariata a seguito della risposta regionale del 19 febbraio 2020, per cui in caso di anestesia topica è esclusa la presenza dell’anestesista all’operazione. Tale previsione sarebbe affetta da eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, non proporzionalità e contraddittorietà, nonché, da violazione di legge, con riferimento alle norme che disciplinano l’esercizio dell’attività medica. Ad avviso delle esponenti, nell’intervento di cataratta la presenza e il ruolo dell’anestesista non dovrebbero essere eventuali ma garantiti in ogni circostanza, trattandosi d’intervento chirurgico particolarmente complesso e delicato al cui grado di difficoltà concorrono, da un lato, l’insieme delle condizioni pre-operatorie del paziente e, dall’altro, l’insieme degli eventi che possono intervenire durante l’intervento. La presenza del medico anestesista sarebbe fondamentale per la tutela della salute del paziente e per la corretta delimitazione delle responsabilità del chirurgo oculista, atteso che, per la letteratura dominante nella comunità scientifica, il chirurgo della cataratta sarebbe impossibilitato a gestire eventi avversi che si potrebbero verificare durante l’atto operatorio. 2.2) Il secondo motivo fa leva sull’eccesso di potere per irragionevolezza e manifesta ingiustizia con riferimento agli effetti sulla responsabilità del chirurgo oculista discendente dall’esclusione della presenza dell’anestesista durante gli interventi di cataratta in anestesia topica. 2.3) Con il terzo motivo si deduce la violazione degli artt. 3 e 10 della legge n. 241/1990 in relazione al difetto d’istruttoria e motivazione che affliggerebbe la risposta regionale, la quale non darebbe puntualmente conto delle ragioni che avrebbero indotto la Direzione a escludere il ruolo del medico anestesista dagli interventi di chirurgia della cataratta, con particolare riguardo ai casi di anestesia topica. 3) Il 26.11.2021 le ricorrenti hanno chiesto il passaggio in decisione della causa, senza discussione orale. 4) All’udienza del 30.11.2021, la causa è stata trattenuta in decisione. 5) I motivi di ricorso, da esaminare congiuntamente in quanto strettamente connessi, sono inammissibili e comunque infondati. 5.1) Preliminarmente, osserva il Collegio – in relazione al thema decidendum – come nella specie non si tratti dell’impugnazione della DGR XI/1046 del 2018, ma dell’impugnazione dell’esito di una istanza di autotutela formulata da parte ricorrente in relazione alla predetta DGR. 5.2) A tal riguardo, va rammentato come, in un precedente ricorso (n. 2177/2019 r.g.) proposto dalle ricorrenti avverso il silenzio serbato dalla Regione Lombardia sulla loro istanza di autotutela, del 29 aprile 2019, l’intestato TAR abbia pronunciato la sentenza n. 2725, del 23.12.2019, ove si legge, fra l’altro, che: «5) Il ricorso è procedibile e da accogliere, nei sensi di seguito precisati. 5.1) Preliminarmente, osserva il Collegio come, per consolidata giurisprudenza, l’amministrazione non abbia l’obbligo di pronunciarsi in maniera esplicita su un istanza diretta a sollecitare l’esercizio del potere di autotutela (che costituisce una manifestazione tipica della discrezionalità amministrativa, di cui è titolare in via esclusiva l’amministrazione per la tutela dell’interesse pubblico) e come il potere di autotutela sia incoercibile dall’esterno attraverso l’istituto del silenzio–inadempimento ai sensi dell’art. 117 c.p.a. (cfr. ex multis, Cons. di Stato, V, 4 maggio 2015, n. 2237; Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4309; 7 luglio 2014, n. 3426; 24 settembre 2013, n. 4714; Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 355; sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5199; sez. VI, 9 luglio 2013, n. 3634). Ciò posto in linea di principio, va tuttavia dato atto di come la stessa giurisprudenza, a parziale temperamento del succitato rigoroso orientamento, abbia riconosciuto che, «fermo restando il carattere discrezionale dell’autotutela, il riesame da parte dell’amministrazione, quale fase ad essa prodromica, possa ritenersi in taluni casi (e non solo in relazione ad atti vincolati) doveroso» (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29-05-2019, n. 3576, per cui: «Se, infatti, non può legittimarsi un uso distorto e strumentale della richiesta di riesame che investa situazioni già valutate dall’amministrazione sì da rimettere in discussione rapporti già definititi e provvedimenti rimasti inoppugnati (con pregiudizio per il

principio di certezza dell’azione amministrativa), nondimeno il concreto esercizio del potere di autotutela è pur sempre vincolato all’attuazione delle finalità per cui esso è attribuito dalla legge (del perseguimento, secondo le migliori modalità, dell’interesse pubblico, nella comparazione con i differenti interessi coinvolti nella vicenda oggetto di valutazione)»).

5.2) Ebbene, in relazione al caso di specie, non può sfuggire la rilevanza che assume la comunicazione regionale sopra riportata (sub n. 3), sopravvenuta rispetto all’instaurazione del giudizio in epigrafe. La stessa, sebbene si riveli priva di natura provvedimentale e quindi inidonea a decretare il venire meno dell’inerzia, di cui le istanti si dolgono, nondimeno denota inequivocabilmente l’apertura di un procedimento da parte della resistente, per il quale s’impone, anche ex art. 2 della legge n. 241/1990, la conclusione mediante un provvedimento espresso. Si tratta, giova sottolineare, di un procedimento in cui l’amministrazione, lungi dal palesare la manifesta infondatezza nel merito della richiesta delle istanti, in quanto vertente su questioni già valutate, ha reputato necessario avvalersi di un approfondimento istruttorio in ordine agli aspetti segnalati e da ritenere, dunque, almeno apparentemente, non valutati in precedenza (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, III, 02.02.2018, n. 1255, che difatti reputa rapportabile l’indirizzo giurisprudenziale dominante «a casi [evidentemente diversi da quello in esame] in cui la richiesta di riesame investa questioni già valutate dall’amministrazione, la cui ordinaria attività potrebbe essere intralciata da ripetuti tentativi di rimessa in discussione di rapporti ormai definiti, soprattutto se con atti non contestati nei termini»). 5.3) In siffatte peculiari evenienze reputa il Collegio che il ricorso in epigrafe possa essere accolto, valorizzando la sopravvenuta attività regionale, sfociata nell’avvio del procedimento di cui sopra, al fine di imporre all’Amministrazione di dare motivato riscontro all’istanza delle ricorrenti, ex artt. 117 c.p.a., 2 legge n. 241/1990, mediante la conclusione del procedimento medesimo con l’adozione di un provvedimento espresso, entro il termine di giorni 30, decorrente dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza». 6) Ebbene, la Regione ha trasmesso, a mezzo PEC del 19.02.2020, il provvedimento in epigrafe specificato, espressamente riferito alla sentenza n. 2725/2019 e adottato a «conclusione del procedimento, in esito dell’approfondimento istruttorio svolto». 6.1) Con esso l’Amministrazione medesima, dopo avere rappresentato: (i) che né «la piattaforma Sistema Nazionale Linee Guida (SNLG)», prevista nel rispetto di quanto indicato dalla L. 8/3/2017, n. 24, né «l’Osservatorio Nazionale per le buone pratiche cliniche (istituito presso AGENAS con DM 27/9/2017)» riportano Linee Guida relative alla assistenza anestesiologica in caso di chirurgia oftalmica in regime alternativo al ricovero ospedaliero; (ii) che la letteratura «ha pressoché unanimemente escluso la possibilità che esami preoperatori ematochimici possano consentire di prevedere l’insorgenza di complicanze sistemiche in caso di intervento di cataratta (quali ad esempio, rialzi della P.A., comparsa di bradi o tachicardia, aritmie, agitazioni psicomotorie)» mentre «Le “maggiori” Società Scientifiche internazionali non prevedono la visita anestesiologica per i pazienti candidati all’intervento di cataratta in elezione con impiego di anestetici ad uso topico»; (iii) che, quanto alla presenza dell’anestesista in sala operatoria, «la stessa è indicata in caso di interventi di cataratta, di impianti secondari di cristallino, sostituzioni di cristallino o procedure chirurgiche complesse e prolungate, che richiedono iniezioni di anestetico perioculare/retrooculare complesse e/o qualora le condizioni cliniche generali del paziente lo suggeriscano, anche per presenza di comorbilità e/o fragilità. In tali fattispecie chirurgiche è facoltà del medico specialista in Oftalmologia che visita e propone l'intervento al paziente richiedere anche una valutazione anestesiologica preoperatoria»; ha, da un lato, confermato che «i requisiti richiesti dalla normativa attualmente in essere in Regione

Lombardia, non prevedono l’obbligatorietà della presenza dell’Anestesista Rianimatore in Sala operatoria nella chirurgia della Cataratta in anestesia topica, come previsto nel parere espresso da AROOI EMAC, SIAARTI e SIARED prot.111/2017 del 08.05.2017, inviato ai rappresentanti legali degli enti pubblici del SSN. In tale parere si esplicita che “è evidente che nei casi in cui non sia stata preventivamente richiesta alcuna prestazione di natura anestesiologica, non è necessario che il medico anestesista rianimatore effettui alcuna valutazione preoperatoria. In questi casi è comunque necessario che sia congruamente prevista ed organizzata una disponibilità di un medico specialista in anestesia e rianimazione presente nella struttura ospedaliera a poter intervenire tempestivamente ed

efficacemente per situazioni di urgenza e di emergenza impreviste e/o imprevedibili con prestazioni di natura rianimatoria»; e, dall’altro, chiarito che «Pertanto, per il corretto svolgimento di tale attività è necessario che la Direzione della Struttura, con il supporto dei responsabili delle Unità Operative coinvolte (oculistica ed anestesia e rianimazione) predispongano e condividano un protocollo organizzativo che possa assicurare l’intervento tempestivo dell’Anestesista Rianimatore in caso di chiamata da parte del Chirurgo oculista. A tal fine, è responsabilità di ogni Struttura definire un piano di valutazione dei rischi, che stabilisca quale assetto organizzativo e quali procedure prevedere affinché sia adeguatamente assicurato il tempestivo intervento di cui sopra, nell'osservanza di quanto già previsto dai requisiti specifici di autorizzazione ed accreditamento per gli interventi in regime di BIC». 6.2) Si tratta, evidentemente, di valutazioni connotate da ampia discrezionalità tecnica (su cui cfr., da ultimo, Cons. Stato, 22.12.2021, n. 8505), perciò insuscettibili di sindacato di legittimità se non per i noti, macroscopici vizi di irrazionalità, illogicità e travisamento, qui non specificamente dedotti e, comunque, ad avviso del Collegio, non presenti. 6.3) Le considerazioni critiche svolte da parte ricorrente, per un verso, difettano di pertinenti richiami a standard di riferimento che risulterebbero ingiustificatamente elusi, finendo, quindi, per risolversi in asserzioni soggettive, contrastanti con le diverse valutazioni effettuate dalla Regione; per altro verso, impingono su materia e determinazioni connotate da ampia discrezionalità tecnica e, perciò, insuscettibili di sindacato di legittimità, se non per i macroscopici vizi poc’anzi richiamati. Va, a tal proposito, rammentato che, quando l'Amministrazione non applica scienze esatte che conducono ad un risultato certo ed univoco ma formula un giudizio tecnico connotato da un fisiologico

margine di opinabilità, per sconfessare quest’ultimo non è sufficiente evidenziare la mera non condivisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità ed evidente insostenibilità, con la conseguenza che, ove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità della valutazione tecnico-discrezionale, il giudice amministrativo non può sovrapporre la propria valutazione a quella, sia pure opinabile, dell’ente amministrativo, giacché diversamente egli assumerebbe un potere che per legge non gli compete.

6.4) Nella specie, come accennato, le ricorrenti hanno formulato censure inammissibili, in quanto eccedenti l’ambito del sindacato consentito in questa sede, e comunque infondate, in quanto non sorrette, in violazione dell’art. 64, comma 1 c.p.a., da alcuna dimostrazione, atteso che, della «letteratura dominante» o della «letteratura scientifica», spesso citate nel ricorso (ad esempio, alle pagine 9 e 13), non viene fornito alcun riscontro, non essendo stato depositato alcunché in atti, ad esclusione delle linee guida redatte dalle stesse ricorrenti. 6.5) D’altro canto, giova soggiungere come la risposta regionale appaia adeguatamente motivata ed istruita, oltreché coerente con la normativa vigente in subiecta materia, fra cui il Decreto Ministeriale 2 aprile 2015 n. 70, richiamato nella stessa DGR XI/1046 (sub Allegato A). Detto D.M., infatti, all’Allegato 1, Appendice 2, ha fornito specifiche indicazioni per la «chirurgia ambulatoriale» [per tale intendendosi, «la possibilità clinica, organizzativa ed amministrativa di effettuare interventi chirurgici od anche procedure diagnostiche e/o terapeutiche invasive e semiinvasive praticabili senza ricovero in anestesia topica, locale, loco-regionale e/o analgesia, (fino al II grado della scala di sedazione) su pazienti accuratamente selezionati comprese le prestazioni di chirurgia odontoiatrica in anestesia loco-regionale e tronculare effettuabili negli ambulatori/studi odontoiatrici, in quanto comportanti trascurabile probabilità di complicanze»], riguardanti anche la selezione pre-operatoria dei pazienti (ove si propone «l'utilizzo della classificazione della American Society of Anesthesiology che consente di definire le categorie dei pazienti in funzione della presenza o meno di alterazioni organiche o funzionali» e si «individuano i pazienti afferenti alle classi ASA 1 e ASA 2 come possibili candidati alle prestazioni di chirurgia ambulatoriale e alle prestazioni effettuabili nei presidi extraospedalieri di day surgery»), senza introdurre alcuna deroga in relazione agli interventi per cui è causa. 7) Per le precedenti considerazioni, il ricorso in epigrafe specificato va respinto. 8) Nulla sulle spese, in considerazione della mancata costituzione della parte intimata.

P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Nulla sulle spese. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2021.