

**TAR Puglia Bari - Sezione II – sentenza n. 99 del 25 gennaio 2018**

**DESIGNAZIONE DEI SOSTITUTI DEI DIRETTORI DELLE STRUTTURE COMPLESSE: INNANZI AL GIUDICE ORDINARIO**

*Il fatto che si tratti di incarico di sostituzione di direttore e non di quello di direttore, non muta la natura giuridica dei provvedimenti adottati dall'Azienda sanitaria; inoltre è mancata la previsione della nomina di una commissione esaminatrice con poteri decisori (il sostituto è previsto venga indicato direttamente dal Responsabile della struttura complessa); la valutazione dell'idoneità/non idoneità dei candidati è avvenuta alla stregua dei curricula prodotti dai dirigenti interessati, in assenza dell'articolazione e specificazione delle tipologie dei titoli e relativi punteggi attribuibili e, soprattutto, in assenza della formulazione di una graduatoria finale.*

*L'art. 18, comma 2, del CCNL dell'area relativa alla dirigenza medica e veterinaria del SSN prevede che la sostituzione sia affidata dall'azienda ad altro dirigente della struttura medesima, escludendosi la partecipazione a soggetti esterni all'Amministrazione.*

*Dalle argomentazioni discende il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario.*

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - (Sezione II) ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1925 del 2011, proposto da:

M.V., rappresentata e difesa dall'avvocato Paola Martellotta, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Napoli, n. 241;

*contro*

Azienda O.U., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato F. Paolo Bello, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Principe Amedeo, n. 82/A;

*nei confronti di*

F.R.;

*per l'annullamento*

- della deliberazione n. 981 del 27 luglio 2011 del Direttore generale dell'Azienda ospedaliero-universitaria "Consortiale Policlinico" di Bari (affissa all'albo aziendale per quindici giorni con decorrenza 28 luglio 2011) avente ad oggetto "designazione dei sostituti dei Direttori delle strutture complesse del Presidio Ospedaliero Policlinico", per la parte relativa al sostituto del Direttore dell'unità operativa complessa di geriatria e gerontologia;
- della presupposta nota prot.(...) in data 9 giugno 2011, a firma del Direttore della suddetta struttura, con l'allegata "scheda di valutazione";
- della conseguente nota di comunicazione, prot. n.(...) in data 28 luglio 2011, a firma del Direttore Generale dell'Azienda;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso ancorché ignoto, se e in quanto lesivo;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda O.U.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza di smaltimento del giorno 5 dicembre 2017 la dott.ssa Flavia Risso e uditi per le parti i difensori avv. Emilio Poli, su delega dell'avv. Paola Martellotta, e avv. Antonio Arzano, su delega dell'avv. F. Paolo Bello;

### **Svolgimento del processo**

Con il gravame indicato in epigrafe, la professoressa M.V. ha chiesto l'annullamento degli atti della procedura avente ad oggetto "designazione dei sostituti dei Direttori delle strutture complesse del Presidio Ospedaliero Policlinico", per la parte relativa al sostituto del Direttore dell'unità operativa complessa di geriatria e gerontologia.

Avverso gli atti impugnati la ricorrente ha dedotto plurimi profili di illegittimità.

Si è costituita in giudizio l'Azienda O.U. che, con memoria depositata in data 4 novembre 2017 ha, tra l'altro, eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, citando a sostegno della propria tesi plurime sentenze in termini di questo Tribunale.

Con memoria depositata in data 13 novembre 2017 la ricorrente, tra l'altro, ha introdotto argomenti a sostegno della tesi della giurisdizione del giudice amministrativo per la controversia in esame.

All'udienza pubblica del 5 dicembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

### **Motivi della decisione**

Il Collegio deve preliminarmente esaminare la questione di difetto di giurisdizione sollevata dall'Amministrazione resistente.

In primis, il Collegio osserva che la controversia di che trattasi non rientra nella giurisdizione esclusiva in tema di impiego pubblico "non contrattualizzato", atteso che, nel caso di specie, non viene in rilievo il rapporto della prof.ssa V., quale professore associato, alle dipendenze dell'Università degli studi di Bari, ma l'attività assistenziale dalla stessa prestata presso l'Azienda ospedaliera Policlinico di Bari.

Sul punto, questo Tribunale ha già avuto occasione di evidenziare in una precedente pronuncia resa tra le stesse parti che: "Il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, comma 4, rimette alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 3 dello stesso decreto, tra le quali rientrano quelle concernenti il rapporto d'impiego dei professori e dei ricercatori universitari (art. 3, comma 2). Nel caso di specie, tuttavia, non viene in rilievo il rapporto della prof.ssa V., quale professore associato, alle dipendenze dell'Università degli studi di Bari, ma l'attività assistenziale dalla stessa prestata presso l'Azienda Ospedaliera Policlinico di Bari. Il d.lgs. 21 dicembre 1999, n. 517, art. 5, distingue il rapporto di lavoro dei professori e

dei ricercatori con l'Università dal rapporto di lavoro instaurato con l'azienda ospedaliera e dispone che - sia per l'esercizio dell'attività assistenziale sia per il rapporto con le aziende - si applicano ai professori e ricercatori universitari le norme stabilite per il personale del servizio sanitario nazionale (comma 2)" (TAR Bari, sez. II, 30 gennaio 2014, n. 151).

Ciò premesso in via generale, il Collegio osserva che la controversia di che trattasi attiene ad una procedura volta alla designazione dei sostituti dei direttori delle strutture complesse del Policlinico di Bari in caso di loro assenza temporanea per ferie o malattia o altro impedimento e, in particolare, del direttore della struttura complessa di geriatria.

Il Collegio ritiene che la materia oggetto del contenzioso rientri nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario, venendo in rilievo atti del Direttore generale adottati in base a capacità e poteri propri del datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, con la sentenza n. 28819 del 27 dicembre 2011, hanno evidenziato che:

"a) in tema d'impiego pubblico privatizzato, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, ivi comprese quelle relative al conferimento d'incarichi dirigenziali, perché la riserva stabilita in favore del giudice amministrativo concerne soltanto le procedure concorsuali strumentali all'assunzione od alla progressione in un'area o fascia superiore a quella di appartenenza, laddove gli atti di conferimento d'incarichi dirigenziali - i quali non concretano procedure concorsuali ed hanno come destinatari persone già in servizio nonché in possesso della relativa qualifica - conservano natura privata in quanto rivestono il carattere di determinazioni negoziali assunte dall'Amministrazione con i poteri e le capacità del comune datore di lavoro (C. Cass. nn. 14252/2005, 4275/2007, 5078/2008, 26799/2008 e 20979/2009);

b) analogo principio era stato ribadito anche per quanto riguardava più in particolare il settore sanitario, precisandosi al riguardo che la selezione prevista dall'art. 15-ter, introdotto nel d.lgs. n. 502 del 1992 dal d.lgs. n. 229 del 1999, art. 13, non integrava un concorso in senso tecnico, anche perché articolata secondo uno schema destinato a concludersi con una scelta essenzialmente fiduciaria del direttore generale (C. Cass. nn. 21593/2005, 8950/2007 e 5920/2008)..." (nello stesso senso si sono pronunciati Cass. civ., Sez. Un., 6 marzo 2009, n. 5457; Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8850; TAR Emilia-Romagna - Bologna, sez. I, 27 dicembre 2010, n. 8401; TAR Puglia - Bari, Sez. II, 30 novembre 2010, n. 4005).

Più di recente, questo Tribunale ha evidenziato che "...anche facendo rinvio ai conformi precedenti da cui non si ravvisano motivi per discostarsi (cfr. in particolare TAR Puglia, Bari, sentenza n. 726/2016, confermata dalla III Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 4388/2016; Cons. Stato, Sez. III, sentenza n. 4652/2016; Cass. Civ. SS.UU., 28 maggio 2014, n. 11916), ... esulano dalla giurisdizione amministrativa le controversie relative a provvedimenti assunti dalle Aziende sanitarie per il conferimento, ad un dirigente medico, dell'incarico di direzione di una struttura complessa, adottati in forza di una scelta di carattere fiduciario, affidata alla discrezionalità ed alla responsabilità del Direttore Generale..." e che non è possibile "...ritenere sussistente la giurisdizione amministrativa asserendo l'inclusione della procedura selettiva in questione tra quelle a carattere concorsuale, ex artt. 63, comma 4, d.lgs. n. 165 del 2001, come anche so-

stenuto dalla ricorrente, facendo difetto i connotati caratteristici del pubblico concorso per l'assunzione alle dipendenze di una pubblica amministrazione. Nel caso di specie, infatti, è mancata la previsione della nomina di una commissione esaminatrice con poteri decisori; la valutazione dell'idoneità/non idoneità dei candidati è avvenuta alla stregua dei dati desumibili dalle schede riassuntive dei curricula, in assenza dell'articolazione e specificazione delle tipologie dei titoli e relativi punteggi attribuibili e, soprattutto, in assenza della formulazione di una graduatoria finale, non giungendosi all'attribuzione di uno specifico punteggio né alla graduazione in ordine decrescente delle diverse posizioni degli aspiranti..." (Sez. I, 9 febbraio 2017, n. 122).

I principi espressi da questo Tribunale nella sentenza sopra richiamata si possono estendere anche al caso in esame, poiché il fatto che si tratti di incarico di sostituzione di direttore e non di quello di direttore, non muta la natura giuridica dei provvedimenti adottati dall'Azienda sanitaria; inoltre, anche in questo caso, è mancata la previsione della nomina di una commissione esaminatrice con poteri decisori (il sostituto è previsto venga indicato direttamente dal Responsabile della struttura complessa); la valutazione dell'idoneità/non idoneità dei candidati è avvenuta alla stregua dei curricula prodotti dai dirigenti interessati, in assenza dell'articolazione e specificazione delle tipologie dei titoli e relativi punteggi attribuibili e, soprattutto, in assenza della formulazione di una graduatoria finale.

Senza contare poi che l'art. 18, comma 2, del CCNL dell'area relativa alla dirigenza medica e veterinaria del SSN prevede che la sostituzione sia affidata dall'azienda ad altro dirigente della struttura medesima, escludendosi la partecipazione a soggetti esterni all'Amministrazione.

Dalle argomentazioni espresse in precedenza discende il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sul ricorso indicato in epigrafe in favore del giudice ordinario, dinanzi al quale il giudizio potrà essere riassunto nel rispetto del termine di cui all'art. 11 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

In considerazione della natura della presente controversia nonché della qualità delle parti, sussistono gravi ed eccezionali ragioni di equità per compensare le spese di giudizio.

#### **P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia-Bari, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo;
- b) indica come giudice competente a decidere il giudice ordinario, dinanzi al quale il giudizio potrà essere riassunto ai sensi dell'art. 11 del codice del processo amministrativo;
- c) compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo,	Presidente
Flavia Risso,	Referendario, Estensore
Maria Colagrande,	Referendario