

TAR BASILICATA Potenza - Sezione I - sentenza n. 697 del 7 novembre 2017

LA ASL NON PUÒ "DETERMINARE" LA GIURISDIZIONE UTILIZZANDO UN PROCEDIMENTO SELETTIVO TIPICAMENTE CONCURSUALE

Anche se un Ente del Servizio Sanitario decide spontaneamente di selezionare l'affidatario di un incarico dirigenziale di struttura complessa mediante un procedimento selettivo, con modalità di espletamento analoghe a quelle di un vero e proprio concorso esterno, che si conclude con la formazione di una graduatoria, formulata sommando il punteggio conseguito nella valutazione dei titoli e delle altre prove concorsuali (scritte e/o orali), tale tipo di procedimento spetta comunque alla cognizione del Giudice Ordinario, in funzione di Giudice del Lavoro, atteso che la competenza giurisdizionale non può dipendere illogicamente da una libera scelta dell'Amministrazione sanitaria, consentendo così ad una parte del processo di determinare preventivamente il Giudice della controversia, cioè di scegliere il Giudice "naturale precostituito per legge" di cui all'art. 25, comma 1, della Costituzione.

omissis

FATTO e DIRITTO

Con bando, pubblicato nel BUR del 5.04.2016 l'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza indicava la procedura selettiva per il conferimento dell'incarico quinquennale di Direzione della Struttura Complessa "Provveditorato-Economato".

Con i verbali n. 1 del 21.06.2016, n. 2 del 4.07.2016 e n. 3 del 5.07.2016 la Commissione di valutazione, dopo aver prestabilito i criteri di valutazione dei titoli, del curriculum e del colloquio, aver valutato i titoli ed i curricula presentati ed esaminato nel colloquio orale i tre candidati che avevano presentato la domanda di partecipazione, giudicava idonei a ricoprire l'incarico dirigenziale in questione: il dott. Ni. Di Ch., che aveva riportato il punteggio complessivo di 31,717 punti, di cui 11,717 punti per i titoli di servizio ed il curriculum (punteggio massimo di 20 punti) ed il punteggio massimo di 20 punti nel colloquio orale; la dott.ssa Gi. D'A., che aveva conseguito il punteggio complessivo di 29,690 punti, di cui 10,690 punti per i titoli di servizio ed il curriculum e 19 punti nel colloquio orale; il dott. Do. Fe. Ca., che aveva ottenuto il punteggio complessivo di 29,492 punti, di cui 12,492 per i titoli di servizio ed il curriculum e 17 punti nel colloquio orale.

Con Delibere n. 400 del 2.08.2016 e n. 410 del 4.08.2016 il Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza ha rispettivamente prima approvato i suddetti verbali della Commissione di valutazione e poi conferito l'incarico quinquennale di Direzione della Struttura Complessa "Provveditorato-Economato" al dott. Ni. Di Ch..

Il Do. Fe. Ca. con il ricorso principale, notificato il 29/31.10/7.11.2016 e depositato il 19.11.2016, ha impugnato le predette Delibere n. 400 del 2.08.2016 e n. 410 del 4.08.2016, unitamente ai

verbali n. 1 del 21.06.2016, n. 2 del 4.07.2016 e n. 3 del 5.07.2016 della Commissione di valutazione, deducendo che:

1) in applicazione dei criteri prestabiliti dalla Commissione di valutazione:

a) al dott. Ni. Di Ch. dovevano essere attribuiti per i titoli ed il curriculum 6,072 punti, anziché 11,717 punti, in quanto non spettavano i 5,645 punti assegnati per il servizio espletato nel periodo 23.07.1980-15.02.2003, perché relativo ad una qualifica funzionale inferiore alla VII;

b) alla dott.ssa Gi. D'A. dovevano essere attribuiti per i titoli ed il curriculum 9,256 punti, anziché 10,690 punti, in quanto: aveva svolto l'attività lavorativa di Dirigente Amministrativo del Comune di Pisticci dal 25.02.2013 al 28.04.2016 e non dall'1.02.2003 al 28.04.2016; aveva partecipato a 6 e non ad 8 corsi di aggiornamento senza esami finali e di durata fino ad 1 mese; aveva svolto 3 e non incarichi di docenza infra-annuali; non doveva essere attribuito 1 punto assegnato per l'esperienza lavorativa libero professionale dal 31.12.1992 al 21.12.2003, perché non formalmente documentata; c) invece, al ricorrente spettavano per la valutazione dei titoli e del curriculum 0,700 punti in più, tenuto conto della durata dei corsi di aggiornamento svolti e degli incarichi organizzativi di coordinamento espletati;

2) la Commissione di valutazione non aveva verificato se i controinteressati dott. Ni. Di Ch. e dott.ssa Gi. D'A. possedevano il requisito di ammissione di aver svolto per almeno 5 anni presso una delle Pubbliche Amministrazioni ex art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001 il servizio "nel profilo dirigenziale del ruolo amministrativo, con rapporto di lavoro a tempo indeterminato e/o determinato prestati senza soluzione di continuità".

Si è costituito in giudizio il controinteressato dott. Ni. Di Ch., il quale, oltre a sostenere l'infondatezza del ricorso principale, ha anche proposto ricorso incidentale, notificato il 29.12.2016 e depositato il 27.01.2017, finalizzato all'esclusione dal concorso del ricorrente principale dott. Do. Fe. Ca., in quanto carente del requisito di ammissione dell'anzianità di servizio da almeno 5 anni nel profilo dirigenziale, avendo prestato la sua attività lavorativa presso l'Amministrazione periferica delle imposte dirette con l'inquadramento dall'1.07.2005 nella qualifica funzionale F4 e dall'1.01.2010 nella qualifica funzionale F5.

Con atto di motivi aggiunti, notificato il 22.02/3.02.2017 e depositato il 14.03.2017, il ricorrente principale dott. Do. Fe. Ca., oltre a dedurre l'infondatezza del ricorso incidentale, ha anche impugnato il bando della selezione di cui è causa, nella parte in cui prevede, come requisito di ammissione, l'anzianità di servizio effettivo di almeno 5 anni nel profilo dirigenziale, anziché 5 anni di servizio effettivo nelle qualifiche funzionali di settimo, ottavo e nono livello, come prescritto dall'art. 26, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 e dall'art. 70, comma 1, lett. b, DPR n. 483/1997, rilevando la nullità della deroga a tali norme nazionali da parte dell'art. 29, comma 4, del CCNL dell'8.06.2000, come modificato dall'art. 24, comma 10, del CCNL del 3.11.2005 e dall'art. 10, comma 3, del CCNL del 17.10.2008.

All'Udienza Pubblica del 4.10.2017 il Tribunale ha rilevato, ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., la sussistenza di seri dubbi in ordine alla giurisdizione del Giudice Amministrativo, con riferimento alla controversia in esame, ed ha concesso il termine di 10 giorni per la presentazione di memorie su tale rilievo.

Con memoria del 13.10.2017 il ricorrente principale ha insistito per la giurisdizione del Giudice Amministrativo.

Nella Camera di Consiglio del 24.10.2017 il ricorso è passato in decisione.

Il ricorso principale, l'atto di motivi aggiunti al ricorso principale ed il ricorso incidentale sono inammissibili per difetto di giurisdizione, alla stregua del quasi unanime orientamento giurisprudenziale (cfr. Cass. Civ. Sez. Unite n. 2290 del 3.02.2014, n. 21060 del 13.10.2011, n. 5057 del 6.03.2009, n. 5990 del 5.03.2008, n. 8950 del 16.04.2007, n. 25047 del 28.11.2005, n. 21593 dell'8.11.2005, n. 1478 del 27.01.2004, n. 1252 del 23.01.2004, n. 9332 del 26.06.2002, n. 2954 del 27.02.2002 e n. 7859 dell'11.06.2001; Cass. Sez. Lav. n. 23480 del 12.11.2007; C.d.S. Sez. III n. 4054 del 3.10.2016, n. 5693 del 16.12.2015, n. 2947 del 30.05.2015, n. 1402 del 24.03.2014 e n. 2293 del 13.04.2011; Cons. Giust. Amm. n. 324 del 12.04.2007; C.d.S. Sez. V n. 7231 del 12.11.2003, n. 1342 dell'8.04.2003, n. 1210 del 5.03.2003 n. 1068 del 25.02.2003, n. 4746 del 18.09.2002, n. 2609 del 9.05.2001 e n. 1519 del 15.03.2001; C.d.S. Sez. VI n. 7019 del 18.12.2002; TAR Milano Sez. III n. 1910 del 28.08.2015; TAR Reggio Calabria n. 70 del 28.01.2011 e n. 458 del 30.04.2010; TAR Lecce Sez. II n. 383 del 30.01.2010; TAR Napoli Sez. V n. 4083 del 17.07.2009 e n. 7211 dell'1.08.2007; TAR Napoli Sez. II n. 5903 del 13.06.2008; TAR Catanzaro Sez. II n. 370 del 10.04.2008, n. 1634 del 6.11.2007 e n. 1117 del 6.10.2006; TAR Veneto Sez. III n. 2286 del 6.07.2007; TAR Toscana Sez. I n. 7228 dell'11.12.2006), condiviso anche da questo Tribunale (cfr. da ultimo le Sentenze n. 962 del 24.10.2016 e n. 103 del 13.02.2016), secondo cui la controversia concernente il conferimento degli incarichi dirigenziali del ruolo sanitario ex art. 15, comma 7-bis, d.lgs. n. 502/1992, appartiene alla giurisdizione del Giudice Ordinario, atteso che deve escludersi che la procedura per il conferimento di detti incarichi abbia natura di concorso, anche se ad essa sono ammessi soggetti estranei al Servizio Sanitario Nazionale e/o legati con rapporto di lavoro ad Enti diversi rispetto a quello che indice la procedura, in quanto si risolve nel reclutamento di personale a tempo determinato su posto diverso da quello precedentemente occupato: come nella specie, in quanto l'art. 1 del bando richiama l'art. 29, comma 4, del CCNL dell'Area Dirigenza del Servizio Sanitario Nazionale dell'8.06.2000, come modificato dall'art. 24, comma 10, CCNL del 3.11.2005 e dall'art. 10, comma 3, del CCNL del 17.10.2008, che limita la partecipazione a tali procedimenti selettivi al personale in servizio nel profilo dirigenziale da almeno 5 anni presso le Pubbliche Amministrazioni ex art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 o da almeno 3 anni nell'ambito del Comparto Sanità.

Ed invero, nella disciplina per il conferimento di tali incarichi dirigenziali non è presente alcun elemento idoneo a ricondurre la stessa ad una procedura concorsuale, ancorché atipica, in quanto la Commissione di Valutazione si limita a verificare i requisiti di idoneità dei candidati alla copertura dell'incarico dirigenziale in commento, in esito ad un colloquio orale ed alla valutazione dei curricula, senza formare una graduatoria, ma semplicemente predisponendo un elenco di candidati, tutti idonei, perché in possesso dei requisiti di professionalità previsti dalla legge e delle capacità manageriali richieste in relazione alla natura dell'incarico da conferire.

A riprova di ciò, tale elenco viene sottoposto al Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale, il quale, nell'ambito dei nominativi indicati dalla Commissione di Valutazione, conferisce l'incarico dirigenziale di cui è causa sulla base di una scelta motivata, in cui prevalgono però va-

lutazioni di carattere fiduciario, affidata alla sua responsabilità manageriale ex art. 3, comma 1-quater, d.lgs. n. 502/1992, senza che la legge indichi i criteri da seguire, per cui è da escludere che l'atto costituisca esercizio di attività amministrativa in senso stretto, rientrando piuttosto in una scelta riconducibile all'esercizio dei poteri del datore di lavoro privato.

Conseguentemente, deve ritenersi che tutte le controversie attinenti al procedura selettiva in questione concernono l'accertamento di diritti soggettivi, la cui cognizione spetta al Giudice Ordinario, in quanto i relativi atti vanno considerati di natura non autoritativa, ma privatistica.

Il difetto di giurisdizione sussiste anche nella fattispecie in esame, il cui bando all'art. 7 ha previsto la formulazione di una graduatoria, secondo il punteggio riportato dai candidati nella valutazione dei titoli ed in sede di colloquio orale, e l'approvazione di tale graduatoria da parte del Direttore Generale, così limitando la facoltà di scelta del Direttore Generale.

Infatti, va rilevato che, anche se un Ente del Servizio Sanitario decide spontaneamente, come nella specie, di selezionare l'affidatario di un incarico dirigenziale di struttura complessa mediante un procedimento selettivo, con modalità di espletamento analoghe a quelle di un vero e proprio concorso esterno, che si conclude con la formazione di una graduatoria, formulata sommando il punteggio conseguito nella valutazione dei titoli e delle altre prove concorsuali (scritte e/o orali), tale tipo di procedimento spetta comunque alla cognizione del Giudice Ordinario, in funzione di Giudice del Lavoro, atteso che la competenza giurisdizionale non può dipendere illogicamente da una libera scelta dell'Amministrazione sanitaria, consentendo così ad una parte del processo di determinare preventivamente il Giudice della controversia, cioè di scegliere il Giudice "naturale preconstituito per legge" di cui all'art. 25, comma 1, della Costituzione (sul punto cfr. da ultimo Cass. Civ. Sez. Unite ordinanza n. 27465 del 29.12.2016).

Infine, va rilevato che la Giurisprudenza indicata dal ricorrente principale nella memoria del 13.10.2017, non può essere presa in considerazione, in quanto non si riferisce ai concorsi, come quello di cui è causa, delle Aziende Sanitarie, disciplinati e dall'art. 15, comma 7-bis, d.lgs. n. 502/1992 e dalla relativa normativa attuativa dei CCNL dell'Area Dirigenza del Servizio Sanitario Nazionale.

A quanto sopra consegue l'inammissibilità per difetto di giurisdizione del ricorso in esame.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio, con l'irripetibilità dei Contributi Unificati versati.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso principale, l'atto di motivi aggiunti al ricorso principale ed il ricorso incidentale, indicando, ai fini della *translatio iudicii*, il Giudice Ordinario, in funzione di Giudice del Lavoro, dinanzi al quale il processo dovrà essere riassunto nel termine di cui all'art. 11, comma 2, cod. proc. amm.. Spese compensate.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita ad opera dell'Autorità amministrativa.

Così deciso in Potenza, nelle Camere di Consiglio del 4 ottobre 2017 e del 24 ottobre 2017

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 07 NOV. 2017.