

CONSIGLIO DI STATO - Sezione III - sentenza n. 7084 del 17 dicembre 2018

L'INCARICO DI DIRETTORE DI STRUTTURA COMPLESSA DI UNA ASL VA INDIVIDUATO TRA UN NUMERO MINIMO DI TRE CANDIDATI

Inequivoca la scelta del legislatore di consentire di individuare il soggetto al quale conferire l'incarico tra un numero minimo di tre candidati. Il decreto Balduzzi ha infatti inteso garantire un numero minimo, non eccessivamente esiguo, tra i quali il Direttore generale deve individuare il soggetto cui conferire l'incarico, e ciò perché più ampia è la platea maggiore è la sicurezza di trovare il professionista più idoneo. Che tale sia stato l'intento del Legislatore del 2012 si evince anche da un confronto con la procedura anteriore alla riforma Balduzzi. Il comma 2 dell'art. 15-ter, d.lgs. n. 502 del 1992, prima della modifica ex art. 4, comma 1, lett. e), d.l. n. 158 del 2012, prevedeva che l'attribuzione dell'incarico di direzione di struttura complessa dovesse essere effettuata dal direttore generale, previo avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, sulla base di una "rosa" di candidati idonei selezionata da una apposita commissione.

omissis

Fatto

1. Il dottor Gi. D'A., dirigente medico specialista in malattie dell'apparato respiratorio, ha preso parte alla procedura selettiva per il conferimento dell'incarico quinquennale di direttore della struttura complessa di Pneumatologia presso il Presidio ospedaliero centrale della Azienda sanitario locale di Taranto, procedura alla quale sono stati ammessi - a fronte di tre domande di partecipazione pervenute - solo due candidati, essendo stata esclusa uno dei tre aspiranti al posto. Non essendo stata formata una terna di nomi da proporre al Direttore generale, l'Azienda sanitaria ha deciso di reindire una nuova procedura selettiva (delibera n. 2047 del 1° settembre 2017) per consentire la massima partecipazione, affidando l'incarico in via provvisoria (delibera n. 2048 del 1° settembre 2017), quale facente funzione, allo stesso dottor D'A., che aveva riportato il punteggio più alto nella selezione.

Il dottor D'A. ha impugnato le delibere nn. 2047 e 2048 del 1° settembre 2017 dinanzi al Tar Lecce che, con ordinanza della sez. II n. 584 del 30 novembre 2017, ha accolto l'istanza di sospensione cautelare, ritenendo non adeguatamente motivata la scelta dell'Amministrazione di ampliare la rosa dei nomi degli aspiranti al posto di direttore della struttura complessa di Pneumatologia presso il Presidio ospedaliero centrale della Azienda sanitario locale di Taranto.

L'Azienda sanitaria, in dichiarata ottemperanza, con delibera del direttore generale n. 169 del 30 gennaio 2018 ha esplicitato la motivazione della propria decisione, confermando la reindizione dell'avviso pubblico.

Tale nuova delibera è stata gravata nella via dei motivi aggiunti.

Con sentenza n. 715 del 23 aprile 2018 il Tar Lecce ha respinto i motivi aggiunti, dichiarando improcedibile l'atto introduttivo del giudizio.

2. Con appello, notificato il 7 giugno 2018 e depositato il successivo 8 giugno, il dottor D'A. ha impugnato la citata sentenza n. 715 del 23 aprile 2018, deducendone l'erroneità in primo luogo nella parte in cui afferma che la delibera n. 169 del 2018, gravata nella via dei motivi aggiunti, non viola il giudicato atteso che, qualora ci si trovi di fronte a un annullamento giurisdizionale per difetto di motivazione, residua uno spazio assai ampio per il riesercizio dell'attività valutativa da parte della Pubblica amministrazione.

In effetti, però, con la delibera n. 169 del 2018 l'Azienda sanitaria non ha affatto motivato adeguatamente la propria decisione di reindire l'interpello. Il nuovo interpello è carente anche di presupposti atteso che l'art. 15, comma 7-bis, d.lgs. n. 502 del 1992 e l'art. 7, comma 8, DPR n. 24 del 2013, prevedono la "terna" quale "numero minimo", e non come "numero massimo". Prova ne è che la stessa Azienda sanitaria, con precedente D.D.G. n. 1751 del 31 luglio 2017, aveva conferito l'incarico di Direttore di struttura complessa di neuropsichiatria infantile presso il Dipartimento di salute mentale, nonostante i candidati fossero due e non tre. L'appellante ha quindi riproposto i motivi assorbiti dalla erronea declaratoria di improcedibilità dell'atto introduttivo del giudizio.

3. Si è costituita in giudizio la Asl di Taranto, che ha preliminarmente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, mentre nel merito ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

4. Il dottor I.R. non si è costituito in giudizio.

5. Con ordinanza n. 3241 del 13 luglio 2018 è stata respinta l'istanza di sospensione cautelare della sentenza del Tar Lecce, sez. II, n. 715 del 23 aprile 2018.

6. Alla pubblica udienza del 6 dicembre 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Diritto

1. Deve preliminarmente essere dichiarata la tardività della memoria di replica depositata dall'Azienda sanitaria locale di Taranto il 17 novembre 2018, in violazione dei termini previsti dall'art. 73, comma 3, c.p.a.. Di tale memoria, dunque, il Collegio non terrà conto ai fini del decidere.

2. Come correttamente affermato dall'appellante, va disattesa l'eccezione preliminare sollevata dalla Asl di Taranto in relazione all'asserito difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

È, infatti, inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della controversia formulata, come avvenuto nel caso di specie, solo in note defensionali e non con tempestiva proposizione di apposito motivo di appello incidentale contro la sentenza di primo grado. Ciò in conformità all'art. 9 c.p.a., per il quale il difetto di giurisdizione nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata, che in modo implicito o esplicito ha statuito sulla giurisdizione (Cons. St., sez. V, 17 settembre 2018, n. 5439; id., sez. III, 4 agosto 2015, n. 3842).

3. Nel merito l'appello deve essere respinto.

Il comma 7-bis dell'art. 15, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, aggiunto dall'art. 4, comma 1, lett. d), d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (c.d. decreto Balduzzi), nel disciplinare il procedimento per il conferimento dell'incarico quinquennale di direttore della struttura complessa ha previsto che la commissione, sulla base dell'analisi comparativa dei curricula e dei titoli professionali posseduti

dai candidati, avuto anche riguardo alle necessarie competenze organizzative e gestionali, dei volumi dell'attività svolta, dell'aderenza al profilo ricercato e degli esiti di un colloquio, presenti al Direttore generale una "terna" di candidati idonei formata sulla base dei migliori punteggi attribuiti. La norma ribadisce poi che il Direttore generale individua il candidato da nominare nell'ambito della "terna" predisposta dalla commissione; ove intenda nominare uno dei due candidati che non hanno conseguito il migliore punteggio, deve motivare analiticamente la scelta. Aggiunge ancora che, nel caso in cui il dirigente a cui è stato conferito l'incarico dovesse dimettersi o decadere, si procede alla sostituzione, conferendo l'incarico ad uno dei due professionisti facenti parte della "terna" iniziale.

Inequivoca, quindi, la scelta del legislatore di far scegliere il soggetto al quale conferire l'incarico tra un numero minimo di tre candidati. Il decreto Balduzzi ha infatti inteso garantire un numero minimo, non eccessivamente esiguo, tra i quali il Direttore generale deve individuare il soggetto cui conferire l'incarico, e ciò perché più ampia è la platea maggiore è la sicurezza di trovare il professionista più idoneo.

Che tale sia stato l'intento del Legislatore del 2012 si evince anche da un confronto con la procedura anteriore alla riforma Balduzzi. Il comma 2 dell'art. 15-ter, d.lgs. n. 502 del 1992, prima della modifica ex art. 4, comma 1, lett. e), d.l. n. 158 del 2012, prevedeva che l'attribuzione dell'incarico di direzione di struttura complessa dovesse essere effettuata dal direttore generale, previo avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, sulla base di una "rosa" di candidati idonei selezionata da una apposita commissione.

Alla "rosa" di candidati parimenti idonei si è, quindi, sostituita la "terna", id est una graduatoria dei tre candidati che hanno ottenuto il maggior punteggio, graduatoria peraltro che, ai sensi dell'art. 15, comma 7-bis, non vincola il Direttore generale che può scegliere, con il solo vincolo di puntuale motivazione, anche uno dei due candidati che seguono in graduatoria quello che ha ottenuto il punteggio più alto.

La riforma, introdotta con il decreto Balduzzi, è stata recepita dal regolamento della Regione Puglia 3 dicembre 2013, n. 24 che all'art. 7, comma 8, riproduce il tenore del comma 7-bis dell'art. 15, d.lgs. n. 502 del 1992, facendo riferimento alla terna di nominativi da presentare al Direttore generale che, nell'ambito dei tre nomi, individua il candidato al quale conferire l'incarico. Va rilevato che è proprio l'art. 7, comma 8, del regolamento del 2013, che è applicabile al caso di specie, e non l'art. 4, comma 2 - richiamato dall'appellante e dalla sentenza appellata, ma quest'ultima unitamente all'art. 7, comma 8 - che fa riferimento ad "un numero di candidature inferiore a 4" non con riguardo ai nominativi dei candidati tra i quali il Direttore generale deve scegliere, ma alla fase precedente relativa alle domande di adesione all'avviso pervenute, tra le quali la Commissione deve selezionare le tre migliori.

Infine, alla "terna" di candidati faceva riferimento anche l'Avviso pubblico indetto con delibera del Direttore generale n. 2238 del 7 novembre 2016 (pubblicato per estratto sulla Gazzetta della Repubblica Italiana, IV Serie Speciale Concorsi ed Esami n. 98 del 13 dicembre 2016) che, all'art. 10, comma 2 - non impugnato in parte qua - precisa che il Direttore generale individua il candidato da nominare nell'ambito della "terna" predisposta dalla commissione.

Tale essendo l'assetto normativo, che disciplina il conferimento dell'incarico di direttore di struttura complessa, ne consegue che la delibera n. 169 del 30 gennaio 2018, adottata dal direttore generale in esecuzione dell'ordinanza cautelare della sez. II del Tar Lecce n. 584 del 30 novembre 2017, è sufficientemente motivata proprio con richiamo alla norma (comma 7-bis dell'art. 15, d.lgs. n. 502 del 1992) che, con la nuova indizione dell'interpello, si è inteso applicare. L'aver escluso uno dei tre candidati, che avevano risposto all'Avviso pubblico, non rendeva possibile presentare al Direttore generale la terna di nomi tra i quali avrebbe dovuto scegliere a chi conferire l'incarico, ma obbligava l'Azienda sanitaria ad indire un nuovo Avviso.

Tale doverosità di comportamento non lasciava alla Asl poteri di scelta e, dunque, la possibilità di soprassedere solo perché la vicinanza temporale tra i due Avvisi non avrebbe fatto sortire al secondo effetti diversi dal primo, come afferma il dottor D'A. nell'atto di appello (affermazione, questa, peraltro smentita dal fatto che in relazione al secondo avviso in sette hanno presentato domanda).

Contrariamente a quanto sembra affermare l'appellante. la ricostruzione normativa sopra operata risulta rafforzata dalla circostanza che la novella introdotta dal decreto Balduzzi fosse, in effetti, già operante nella Regione Puglia per effetto di quanto previsto dall'art. 10, l. reg. n. 25 del 2006. La circostanza, infatti, che in Puglia già dal 2006 fosse previsto che al Direttore generale dovesse essere portata una terna (e non una "rosa") di candidati, rende ancora più evidente la necessità che, a fronte di una graduatoria con due soli nominativi, fosse indetto un nuovo interpello.

Infine, l'obbligo normativamente imposto di formare una graduatoria con tre candidati da sottoporre al Direttore generale rende irrilevante che, in relazione ad altro Avviso, si sia operato diversamente. È noto, infatti, che l'eventuale illegittimo provvedimento adottato dall'Amministrazione non giustifica che la stessa reiteri lo stesso vizio in una successiva, analoga o identica occasione.

4. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c.. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati, infatti, dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

L'appello deve dunque essere respinto.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese e degli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti in causa le spese e gli onorari del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 17 DIC. 2018.