

TAR Campania – Sezione V – sentenza n. 7520 del 1° dicembre 2022

LA ASL DISPONE IN AUTOTUTELA, LA REVOCA DELLA PUBBLICAZIONE TURNI VACANTI DI SPECIALISTICA AMBULATORIALE: GIURISDIZIONE DEL G.O.

Avendo l'impugnazione ad oggetto l'atto dispositivo di revoca pubblicazione turni, appare evidente come quest'ultima non costituisca espressione di una potestà amministrativa, bensì di semplice autonomia privata, funzionale alla regolamentazione di un rapporto di cosiddetta parasubordinazione - da ricondurre sempre al lavoro autonomo – pur nell'ipotesi in cui la collaborazione assuma carattere continuativo, ed il professionista riceva direttive ed istruzioni dall'ente, cosicché anche la successiva delibera di revoca dell'incarico riveste natura non autoritativa ma di recesso contrattuale.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3276 del 2019, proposto da
- *OMISSIS* - rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Campania, non costituita in giudizio;

Azienda Sanitaria Locale – Benevento -, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo La Rocca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Benevento, via Mascellaro;

per l'annullamento

- 1) Avviso pubblico del 28.03.2019 prot. n. 42797 se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente e se ed in quanto il Bando di concorso consentirebbe di revocare la procedura di gara insindacabilmente;
- 2) Eventuale Avviso di indizione del nuovo concorso se ed in quanto pubblicato;
- 3) Provvedimento del 27.06.2019 prot. n. 82779 dell'ASL di Benevento recante la revoca della procedura concorsuale indetta il 28.03.2019 prot. n. 42797
- 4) Del provvedimento di esclusione della ricorrente ovvero dell'omessa riammissione della dott.ssa – *OMISSIS* - alla procedura indetta con avviso del 28.03.2019 prot. n. 42797;
- 5) di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, propedeutico, connesso e consequenziale se ed in quanto lesivo dei diritti ed interessi del ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Benevento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza di smaltimento del giorno 22 novembre 2022, tenuta da remoto a termini dell'art. 87, comma 4-bis c.p.a., il dott. Fabio Maffei e riservata la causa in decisione sulla base degli atti processuali;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il presente gravame, la ricorrente, medico specializzato in Audiologia e Foniatria, ha esposto di aver presentato domanda di partecipazione all'avviso pubblico datato 28.03.2019, avente ad oggetto il conferimento dei turni del I trimestre 2019, ai sensi dell'art. 18 Accordo collettivo Nazionale 2015, agli specialisti ambulatoriali a tempo indeterminato ovvero agli specialisti iscritti nelle graduatorie di cui all'art. 17 del ACN 2015 in vigore, secondo le priorità previste dall'art. 19 comma 2 (tempo indeterminato) e dall'art. 20 (tempo determinato), con specifico riferimento all'elenco afferente la Branca specialistica "Audiologia" per n. 19/h settimanali per il Distretto di Benevento e n. 6/h settimanali per il distretto di Montesarchio.

In particolare, la ricorrente ha impugnato la delibera n. prot. 82779 del 27/06/2019 con cui l'azienda sanitaria aveva disposto, in autotutela, la revoca della pubblicazione turni vacanti di specialistica ambulatoriale – Branca Audiologia, disposta per il primo trimestre 2019, avendo riscontrato un vizio procedimentale nella preventiva convocazione della ricorrente ai fini dell'assegnazione dei predetti turni.

Nel dettaglio, ha censurato l'impugnato provvedimento essendo stato quest'ultimo, a suo avviso, adottato con eccesso di potere ed in assenza dei presupposti prescritti dall'art. 21-novies legge n. 241/1990, con evidente pregiudizio del legittimo affidamento da ella riposto sulla legittimità del provvedimento revocato.

Si è costituita la resistente azienda, eccependo in via preliminare il difetto di giurisdizione dell'adito Tribunale, atteso che, trattandosi di questioni disciplinate dagli accordi sindacali, in specie dall'Accordo Collettivo Nazionale dell'anno 2015 relativo alla Specialistica Ambulatoriale, anche in tema di revoca conferimenti incarichi per il tramite della pubblicazione turni vacanti di specialistica ambulatoriale, avrebbe dovuto ritenersi sussistere la giurisdizione del giudice ordinario.

All'udienza straordinaria del 22 novembre 2022, tenuta da remoto secondo le vigenti disposizioni processuale, la causa è stata riservata in decisione.

2. Deve dichiararsi l'inammissibilità del ricorso introduttivo in ragione dell'eccepito difetto di giurisdizione.

Costituisce ius receptum che l'individuazione della giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda, da identificarsi in base non già al criterio della "prospettazione", bensì a quello del petitum sostanziale, quale può determinarsi indagando sulla effettiva natura della controversia in relazione alle caratteristiche del particolare rapporto fatto valere in giudizio.

Tanto premesso, nella fattispecie in esame, la ricorrente si duole della mancata attribuzione dell'incarico in ragione dell'impugnata revoca della procedura selettiva, indetta con avviso del

28.03.2019 prot. n. 42797 per assegnare i posti vacanti, a tempo indeterminato, a favore di specialisti che ne facessero richiesta.

Orbene, la costante giurisprudenza di legittimità ha affermato che il rapporto dei medici, che svolgono attività in regime di convenzione con le aziende sanitarie, configura un rapporto privatistico di lavoro autonomo-professionale con i connotati della cosiddetta para-subordinazione ed esula dall'ambito del pubblico impiego (cfr.: Cass., S.U., n. 20344 del 2005, Cass., n. 31502 del 2018, n. 6294 del 2020).

Sul conferimento degli incarichi in convenzione in ragione delle graduatorie e dei criteri di priorità si sono pronunciate le Sezioni Unite con l'ordinanza n. 21599 del 2018, con cui è stato affermato che non integra una procedura concorsuale l'inserimento in apposita graduatoria di tutti coloro che siano in possesso di determinati requisiti normativamente predeterminati, preordinata al conferimento di posti lavoro che si renderanno disponibili, anche se a tali fini debbano essere effettuate verifiche sulla sussistenza di requisiti soggettivi (che - ove in concreto presenti - danno diritto in via prioritaria all'assunzione), non configurandosi, in tali ipotesi, una comparazione tra "aspiranti" all'assunzione basata su una valutazione incentrata sulla discrezionalità non solo tecnica ma anche amministrativa, volta a risolvere, con la nomina dei "vincitori", la relativa competizione.

Le Sezioni Unite, con la citata ordinanza, quindi hanno rilevato che l'Accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con gli specialisti ambulatoriali interni, veterinari ed altre professionalità sanitarie (biologi, chimici, psicologi) ambulatoriali, ai sensi del d.lgs. n. 502 del 1992, art. 8 e successive modificazioni e integrazioni, prevede per il conferimento degli incarichi di specialista ambulatoriale interno in regime di convenzione con le aziende del servizio sanitario nazionale, i seguenti passaggi:

la presentazione da parte degli specialisti aspiranti all'incarico, in qualità di sostituto o incaricato, di apposita domanda entro e non oltre il 31 gennaio di ciascun anno, contenente le dichiarazioni, rese ai sensi della L. n. 445 del 2000, atte a provare il possesso dei titoli necessari per il conseguimento dell'incarico ed elencati nella domanda stessa;

la formazione di una graduatoria provinciale per titoli, con validità annuale, secondo i criteri di cui all'allegato 1, cui provvede il Comitato consultivo zonale;

la pubblicazione della graduatoria, a cura del direttore generale dell'Azienda nell'albo aziendale per la durata di 15 giorni;

la possibilità per gli interessati di presentare istanza motivata di riesame della loro posizione in graduatoria, entro 30 giorni dalla pubblicazione, al Comitato zonale;

l'approvazione della graduatoria definitiva da parte del Direttore Generale dell'Azienda e il suo invio alla Regione che ne cura la pubblicazione sul Bollettino Ufficiale della Regione entro il 31 dicembre di ciascun anno;

le modalità di attribuzione degli incarichi e i criteri di priorità.

In ragione di tale scansione, le Sezioni Unite, con l'ordinanza n. 21599 del 2018, hanno affermato che si è in presenza di una fattispecie negoziale complessa, nell'ambito di una procedura demandata all'autonomia delle parti, che esula dagli schemi tipici del pubblico concorso per l'assunzione di pubblici dipendenti: non è infatti prevista la nomina di una commissione giudicatri-

ce, non è adottata una procedura selettiva comparativa, non vi è un giudizio di idoneità finale dei candidati.

La graduatoria è formata in base a titoli accademici, di studio o di servizio prestabiliti e con punteggio predeterminato dallo stesso accordo (allegato 1), senza che possano ravvisarsi poteri autoritativi o margini di discrezionalità valutativa o tecnica in capo alla pubblica amministrazione, chiamata a una mera verifica del possesso o meno delle capacità professionali richieste sulla scorta della documentazione prodotta dagli aspiranti al turno.

Nel confermare i principi enunciati, occorre esaminare se gli stessi possano trovare applicazione allorché, come nella fattispecie in esame, venga in rilievo la previsione dell'art. 18, comma 5, dell'ACN 2015, che come si è detto prevede una fase valutativa tecnica.

A tal fine occorre premettere che il d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, attribuisce alla giurisdizione ordinaria le controversie inerenti al "diritto all'assunzione" (comma 1), e riserva alla giurisdizione amministrativa la cognizione delle controversie relative alle "procedure concorsuali di assunzione" (comma 4); tale regola costituisce il riflesso del dato sostanziale per il quale la pretesa alla stipulazione di un contratto di lavoro pubblico si colloca nell'area dei diritti soggettivi e delle obbligazioni che l'Amministrazione assume con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art. 4, d.lgs. cit.), mentre la contestazione inerente ad un procedimento concorsuale di assunzione ha ad oggetto l'esercizio del potere pubblico attribuito all'amministrazione di individuare il soggetto ammesso alla stipula del contratto (Cass., S.U., n. 16452 del 2020, n. 29915 del 2017).

I limiti e la portata della riserva alla giurisdizione amministrativa, che ha valore di eccezione rispetto alla regola del comma 1 della medesima disposizione, che predica in generale la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie aventi ad oggetto il lavoro pubblico privatizzato, impongono che il termine "assunzione" sia inteso estensivamente, rimanendovi comprese anche le procedure di cui sono destinatari soggetti già dipendenti di pubbliche amministrazioni ogni qual volta esse siano dirette a realizzare un effetto di novazione del precedente rapporto di lavoro con l'attribuzione di un inquadramento superiore e qualitativamente diverso dal precedente (Cass., S.U., n. 13531 del 2016).

Per converso, il termine "concorsuale" deve essere interpretato in senso restrittivo, nel senso che la procedura concorsuale si identifica esclusivamente in quella caratterizzata dall'emanazione di un bando, dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria di merito, la cui approvazione, individuando i "vincitori", rappresenta l'atto terminale del procedimento preordinato alla selezione dei soggetti idonei.

Si è così affermato, come ricorda l'ordinanza n. 21599 del 2018, che sono concorsuali sia le procedure connotate dall'espletamento di prove, ma comunque libere nella modalità, purché la procedura concreti una selezione tra diversi, sia i concorsi per soli titoli. Non danno invece luogo a procedure concorsuali le assunzioni in esito a procedimenti di diverso tipo: assunzioni dirette, procedure di mera verifica di idoneità dei soggetti da assumere, in quanto titolari di riserva o iscritti in apposita lista, giacché il possesso dei requisiti e l'idoneità si valutano in termini assoluti, senza dar luogo ad una graduatoria di merito.

In ragione di quanto sopra esposto, va affermato che l'art. 18, comma 5, dell'Accordo collettivo nazionale del 2015, introduce un segmento valutativo tecnico del possesso di particolari capacità professionali da parte di coloro che sono già iscritti nelle graduatorie per l'attribuzione degli incarichi.

Pertanto, tale fase si inserisce nel più articolato sistema scandito dall'ACN 2015 - che ricomprende l'iter di formazione delle graduatorie medesime, la pubblicazione degli incarichi, la comunicazione di disponibilità, l'applicazione delle graduatorie e dei criteri di priorità - come si evince dal richiamo, contenuto nell'art. 18, comma 5, ACN, agli artt. 19 e 20 del medesimo ACN.

La valutazione, di carattere tecnico, non inerisce a procedure concorsuali ed è effettuata dalla Commissione in termini assoluti e non comparativi, in quanto volta alla verifica tecnica della sussistenza di un requisito di idoneità in capo all'aspirante (Cassazione civile sez. un., 20.04.2021, n. 10360).

Dunque, l'art. 18, comma 5, ACN 2015, da un lato non priva di rilievo il meccanismo delle graduatorie e dei criteri di priorità per il conferimento degli incarichi; dall'altro non introduce una procedura concorsuale comparativa, ma si limita a demandare alla Commissione la verifica tecnica della sussistenza di requisiti individuali di professionalità in capo all'aspirante inserito nelle graduatorie, al quale l'incarico viene assegnato facendo applicazione dei criteri di priorità (art. 19, comma 2, incarichi a tempo indeterminato) o in ragione della sola graduatoria di cui all'art. 17 (art. 20, ACN 2015).

Applicando i menzionati principi all'odierna fattispecie, avendo l'impugnazione ad oggetto l'atto dispositivo di revoca pubblicazione turni, appare evidente come quest'ultima non costituisca espressione di una potestà amministrativa, bensì di semplice autonomia privata, funzionale alla regolamentazione di un rapporto di cosiddetta parasubordinazione, - da ricondurre sempre al lavoro autonomo - pur nell'ipotesi in cui la collaborazione assuma carattere continuativo, ed il professionista riceva direttive ed istruzioni dall'ente, cosicché anche la successiva delibera di revoca dell'incarico riveste natura non autoritativa ma di recesso contrattuale.

Deve pertanto essere dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario, innanzi al quale le parti vanno rimesse, potendo riassumere il giudizio nel termine di legge e facendo salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda ex art. 11 c.p.a..

3. Le spese, in considerazione della peculiarità delle questioni trattate e del carattere sensibile degli interessi incisi, possono, in via d'eccezione, essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione, per rientrare la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario, con termine di legge per la relativa riassunzione, facendo salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda ex art. 11 c.p.a.;

respinge il ricorso per motivi aggiunti;

spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2022, tenuta da remoto con modalità Microsoft Teams, con l'intervento dei magistrati:

Ida Raiola,	Presidente FF
Roberto Michele Palmieri,	Consigliere
Fabio Maffei,	Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Fabio Maffei

IL PRESIDENTE
Ida Raiola