

**CONSIGLIO DI STATO - Sezione III - sentenza n. 4351 del 18 ottobre 2016**

**LA FONDAZIONE DI DIRITTO PRIVATO NON È UN "ENTE" DEL SSN**

*La fondazione di diritto privato non può ritenersi - per il sol fatto di svolgere sulla base di intese ed accordi attuativi con la Regione e l'ASL competente, attività riconducibili al SSN - un 'ente' del SSN, poiché a tal fine sarebbe necessaria una previsione di legge che inserisca l'ente nel quadro del SSN, sottoponendolo alle regole pubblicistiche.*

*Non rileva la giurisprudenza che si è formata sulla individuazione del concreto perimetro dell'organismo di diritto pubblico, poiché tale figura soggettiva, di derivazione comunitaria, rileva nel settore degli appalti ed è tesa, in chiave pro-concorrenziale, ad applicare le regole di evidenza anche ai soggetti che, pur non essendo formalmente pubblici, soggiacciono ad una dominante influenza pubblica.*

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3605 del 2016, proposto dalla signora A.M., rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Nitti, con domicilio eletto presso il signor Marco Ravaioli in Roma, via Papiniano, n. 29;

*contro*

La Fondazione Stella Maris Mediterraneo Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore. rappresentato e difeso dall'avvocato Ornella Cutajar, con domicilio eletto presso la Terza Sezione del Consigli di Stato, in Roma, alla piazza Capo di Ferro, n. 13;

l'Asp - Azienda Sanitaria Locale di Potenza, in persona del direttore generale pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Gabriella De Franchi, con domicilio eletto presso il signor Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

*per la riforma*

della sentenza del TAR per la Basilicata, n. 256/2016, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Stella Maris Mediterraneo Onlus e della Asp - Azienda Sanitaria Locale di Potenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2016 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti l'avvocato Saverio Sticchi Damiani, su delega dell'avvocato Paolo Nitti, l'avvocato Adeltina Salierno, su delega dell'avvocato Maria Gabriella De Franchi, e l'avvocato Ornella Cutajar;

### **Svolgimento del processo**

1. La dott.ssa M. partecipava ad un concorso bandito dall'ASP di Potenza con la deliberazione pubblicata nel BUR del 1° settembre 2011, per l'assunzione a tempo determinato di psicologi, specializzati in Psicoterapia ed iscritti all'Albo dell'Ordine degli Psicologi, classificandosi al dodicesimo posto della graduatoria approvata con la delibera del direttore generale dell'ASP n. 658 del 5 settembre.

Alcuni dei vincitori furono poi assunti ed adibiti a funzioni svolte presso centri gestiti dalla Fondazione Stella Maris Mediterraneo Onlus, costituita dall'Azienda Sanitaria locale di Potenza (ASP), dall'Azienda Sanitaria locale di Matera (ASM) e dall'Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico Fondazione Stella Maris di San Miniato (PI), finalizzata alla sperimentazione ed all'ulteriore qualificazione della rete regionale di Neuropsichiatria infantile, in base alle previsioni dell'art. 18 L.R. n. 20 del 2008 e della delibera della giunta regionale n. 920 del 19 maggio 2009, in data 18 novembre 2009.

2. Successivamente, la L.R. n. 7 del 2013 ha posto in liquidazione la fondazione e la successiva L.R. n. 26 del 2014 stabiliva il recesso dell'ASL.

In data 25 febbraio 2014, veniva ricostituita la Fondazione, composta solo dall'Istituto di Ricovero e Cura a carattere scientifico Fondazione Stella Maris di San Miniato (PI); in data 18 dicembre 2014 era sottoscritto dalla Regione Basilicata e dall'IRCCS un nuovo protocollo di intesa, recepito dall'ASP con la Delib. n. 9 del 14 gennaio 2015.

3. Con bando, pubblicato il 21 luglio 2015, la nuova Fondazione Stella Maris Mediterraneo ONLUS indiceva un concorso per l'assunzione di 3 psicologi (di cui 1 part-time per 18 ore settimanali), specializzati in Psicologia Clinica o "in disciplina equipollente o affine" o in Psicoterapia, "conseguibile entro l'anno di attività ed iscritti nell'Albo professionale, da impiegare presso nel Reparto di Neuropsichiatria Infantile dell'Ospedale di Matera e nel Centro Clinico per la riabilitazione precoce intensiva dei disturbi dello spettro autistico dell'Ospedale di Chiaromonte

4. La dott.ssa M. impugnava il bando e chiedeva lo scorrimento della graduatoria, approvata con la deliberazione del direttore generale dell'ASP n. 658 del 5 settembre 2012.

5. Con la sentenza appellata, il TAR Basilicata declinava la giurisdizione amministrativa in favore del Giudice del Lavoro, sostenendo che si tratta di una procedura selettiva privata.

6. Propone appello la dott.ssa M., la quale deduce:

6.1. la fondazione erogherebbe prestazioni a carico del servizio sanitario nazionale, con conseguente assoggettamento alla vigilanza tecnico sanitaria dell'Azienda sanitaria competente, sicché il bando per l'assunzione rappresenterebbe un atto di organizzazione riferibile al SSN, sottoposto a regole pubblicistiche;

6.2. l'intesa siglata il 9 luglio 2014 con la Regione Basilicata e l'accordo attuativo tra l'Azienda sanitaria e la Fondazione nella gestione di strutture sanitarie farebbe della seconda un 'ente' del servizio sanitario nazionale, riconducibile all'ambito di applicazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001, con conseguente sussistenza della giurisdizione amministrativa;

6.3. in ogni caso si tratterebbe di un organismo di diritto pubblico previsto dall'allora vigente art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006;

6.4. ulteriori elementi nel senso del carattere pubblicistico della procedura concorsuale sarebbero rinvenibili nel richiamo fatto dal bando all'art. 7 del d.lgs. n. 165 del 2001 in materia di pari opportunità tra uomini e donne, nonché al DPR n. 483 del 1997 in relazione alla regolamentazione di dettaglio della selezione.

7. Nel giudizio si è costituita l'ASL di Potenza, che replica: l'effettuazione di compiti e di attività di rilievo pubblicistico non sono circostanze sufficienti per qualificare un soggetto formalmente privato come un "ente". Nel caso di specie, la decisione di bandire un concorso e di autovincolarsi a regole in parte applicabili al settore pubblico non toglierebbe che si tratta di un atto di autonomia privata, e non dell'esercizio di un pubblico potere.

8. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 23 giugno 2016.

### **Motivi della decisione**

9. Come correttamente rilevato dal Giudice di prime cure, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1, comma 2, e 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, "spettano alla cognizione del Giudice Amministrativo soltanto le controversie, relative ai concorsi indetti dalle Amministrazioni dello Stato, compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, dalle aziende e dalle Amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, dalle Regioni, dalle Province, dai Comuni, dalle Comunità Montane, dai Consorzi e/o dalle associazioni di Enti Locali, dalle Università, dagli Istituti autonomi case popolari, dalle Camere di Commercio e loro associazioni, da tutti gli Enti Pubblici non economici nazionali, regionali e locali, dalle amministrazioni e aziende ed Enti del Servizio Sanitario Nazionale, dall'ARAN e da tutte le altre Agenzie previste dal d.lgs. n. 300 del 1999".

9.2. La fondazione di diritto privato non può ritenersi - per il sol fatto di svolgere sulla base di intese ed accordi attuativi con la Regione e l'ASL competente, attività riconducibili al SSN - un 'ente' del SSN, poiché a tal fine sarebbe necessaria una previsione di legge che inserisca l'ente nel quadro del SSN, sottoponendolo alle regole pubblicistiche (in proposito cfr. SSUU, 25 novembre 2013, n. 26283).

9.3. Non rileva la giurisprudenza che si è formata sulla individuazione del concreto perimetro dell'organismo di diritto pubblico, poiché tale figura soggettiva, di derivazione comunitaria, rileva nel settore degli appalti ed è tesa, in chiave pro-concorrenziale, ad applicare le regole di evidenza anche ai soggetti che, pur non essendo formalmente pubblici, soggiacciono ad una dominante influenza pubblica.

La regola non può de plano essere traslata alle procedure selettive per l'assunzione di personale, essendo diverse le esigenze, e mancando, del resto, quell'aggancio sul versante comunitario che ne ha giustificato l'inserimento nel codice appalti.

In assenza di espresse previsioni di legge in tal senso, in sede di selezione del personale i soggetti privati (come la 'nuova' Fondazione Stella Maris Mediterraneo ONLUS) non esercitano poteri di natura autoritativa, anche se ad altri e specifici fini siano considerati organismi di diritto pubblico.

9.4. Ove scelgano di applicare regole di trasparenza e di equità proprie dei concorsi pubblici, i soggetti privati lo fanno quale 'autovincolo', la cui violazione ben può essere sindacata dal giudice del lavoro, trattandosi di atti finalizzati all'instaurazione di un rapporto lavorativo di natura privatistica.

10. In conclusione, l'appello va respinto.

11. Avuto riguardo alla specificità della questione, appare equo compensare le spese del secondo grado di lite.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello n. 3605 del 2016, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate del secondo grado.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2016, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti,	Presidente
Lydia Ada Orsola Spiezia,	Consigliere
Giulio Veltri, Consigliere,	Estensore
Massimiliano Noccelli,	Consigliere
Paola Alba Aurora Puliatti,	Consigliere