

CONSIGLIO DI STATO – Sezione III – sentenza n. 5013/2022

STABILIZZAZIONE DEL PERSONALE: È ONERE DELLA PA MOTIVARE ANALITICAMENTE LA ESCLUSIONE
Il collegio osserva che la motivazione è estremamente sintetica. L'amministrazione, infatti, non specifica, come invece avrebbe dovuto, a quale tipologia di contratto essa faccia riferimento nell'escludere il candidato; non chiarisce le ragioni per cui, in disparte uno stretto riferimento formale al nomen iuris del contratto sottoscritto negli anni con il singolo appellato, ciascun contratto, vuoi di assegni di ricerca, di borsa di studio, vuoi del successivo contratto di collaborazione ex art. 15-octies d.lgs. n. 502/92, non possa rientrare nell'ampio concetto di lavoro flessibile ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001. In tale cornice, pertanto, il provvedimento dirigenziale avrebbe dovuto esplicitare per ciascun candidato le ragioni per cui i singoli rapporti negoziali intervenuti nel tempo, non possono rientrare nell'ampia definizione di lavoro flessibile, tanto più quando, come si ricava da documenti in atti, il rapporto tra l'appellato e l'ASL ha avuto indiscutibilmente causa non solo formativa ma anche di lavoro.

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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5032 del 2021, proposto dall'Azienda Sanitaria Locale di Caserta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

contro

i signori..., rappresentati e difesi dall'avvocato Severino Nappi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

la signora..., non costituita in giudizio;

nei confronti

della Regione Campania e della signora, non costituiti in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - sede di Napoli (Sezione Quinta) n. 1993/2021, resa tra le parti, con la quale, in accoglimento del ricorso, è stata annullata la disposta esclusione degli appellati dalla procedura di stabilizzazione ex art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017 del personale precario dell'ASL di Caserta, per la copertura a tempo indeterminato di "n. 1 posto di Dirigente Biologo di Patologia Clinica/altra disciplina"

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei signori

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2022 il Cons. Antonella De Miro e uditi per le parti l'avvocato Andrea Abbamonte e l'avvocato Carlo Calenda, su delega dell'avvocato Severino Nappi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Gli odierni appellati, ricorrenti nel giudizio di primo grado, dichiarando di possedere i previsti requisiti, hanno partecipato alla procedura concorsuale, per titoli ed esami adottata dall'ASL di Caserta., riservata alla stabilizzazione del personale precario di area del comparto sanità del servizio sanitario nazionale in possesso dei requisiti previsti. dall'art. 20, comma 2, del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, per la copertura a tempo indeterminato di "n. 1 Dirigente Biologo di Patologia Clinica/altra disciplina".
2. Con determinazione dirigenziale n. 520 del 10 dicembre 2019, gli stessi sono stati esclusi dalla procedura in quanto ritenuti privi del requisito richiesto dall'art 20, comma 2 del d.lgs. 75/2017, perché "non in possesso di almeno anni 3 di contratto, anche non continuativi, dal 1° gennaio 2010 al 31 dicembre 2017, presso l'ASLCE o presso altri Enti del SSN...".
3. Avverso detta determinazione dirigenziale, gli appellati hanno promosso ricorso al TAR per la Campania.
4. Censurano la decisione dell'amministrazione che non avrebbe considerato il rapporto intercorrente da diversi anni tra l'ASL CE ed i ricorrenti e che essi assumono qualificarsi come lavoro flessibile, precisando che:
 - “- a far data dal 2012 fino ad oggi, all'esito del superamento delle procedure selettive dell'azienda, hanno lavorato quasi ininterrottamente alle dipendenze della ASL di Caserta in virtù di contratti: “assegni di ricerca”, “borsa di studio” e con successivo contratto di “collaborazione ex art. 15-octies d.lgs. n. 502/92;
 - a far data dal 2012, anno delle prime assunzioni, sono stati assegnati presso il "Servizio di Medicina Trasfusionale" dell'ASL, di Caserta, sito in Aversa presso il. Presidio Ospedaliero San Giuseppe Moscati, ove sono sempre stati gli unici biologi o biotecnologi ivi addetti, mancando in reparto sia biologi che biotecnologi "strutturati";
 - presso il predetto reparto, sotto le direttive del dirigente responsabile del servizio, hanno sempre svolto le mansioni afferenti quelli dei dirigenti biologi, consistenti nella separazione degli emocomponenti, nell'esecuzione degli esami immuno-ematologici, nella gestione delle frigo-emoteche, nella validazione biologica ed immuno-ematologica del sangue per uso trasfusionale, nei controlli di qualità sugli emocomponenti, nelle indagini prenatali finalizzate alla prevenzione di problemi immuno-ematologici e alla prevenzione della malattia emolitica del neonato, nelle attività immuno-ematologiche per problemi trasfusionali clinici e sierologici, nella caratterizzazione biomolecolare degli antigeni ematici finalizzata alla realizzazione di un registro di donatori noti per la trasfusione di pazienti onco-ematologici afferenti al pronto soccorso della ASL di Caserta e crio-conservazione delle unità di emocomponenti di gruppo raro (crio-banca), nella

esecuzione delle indagini di laboratorio e delle procedure di inattivazione dei patogeni finalizzate alla certificazione dei requisiti di qualità e sicurezza previsti dalla legislazione vigente per le unità di sangue e gli emocomponenti, nella lavorazione del sangue e degli emocomponenti per le finalità relative alla produzione di farmaci emoderivati e invio del plasma ai centri e alle aziende produttrici di emoderivati, nella produzione di emocomponenti di secondo livello quali piastrine da pool di buffy-coats concentrati eritrocitari leucodepleti e plasma per uso clinico, come risulta per tabulas dall'assegnazione delle mansioni nota prot. n. 48/12 del 23 marzo 2012 a firma del dirigente pt. del servizio trasfusionale;

- nello svolgimento delle predette attività lavorative, sono stati sempre tenuti a rispettare le precise e dettagliate direttive di volta in volta impartite direttamente dal loro diretto superiore, Dirigente Responsabile del Servizio Trasfusionale, il quale ha sempre vigilato sull'attività svolta dagli istanti e ne ha controllato qualità e quantità;

- per l'intera durata del rapporto di lavoro, la ASL di Caserta ha sempre richiesto ai ricorrenti l'osservanza del medesimo orario di lavoro richiesto ai medici "strutturati" del reparto (9 ore giornaliere per 5 giorni a settimana), ha imposto l'obbligo della reperibilità notturna e festiva e ha richiesto di espletare la prestazione lavorativa una volta al mese anche nei giorni festivi (domenica, festività natalizie, pasquali, etc.), nonché di effettuare il turno notturno in media 2 volte al mese, dalle ore 20 alle ore 8 del mattino (cfr. turni di reperibilità e turni di servizio Asl Caserta in atti); li ha dotati di un badge personale, di registrazione dell'orario di entrata e di uscita (cfr. tesserini badge in atti); ha imposto loro di comunicare e giustificare eventuali ritardi ed assenze, anche dovute a malattia, nonché a richiedere l'autorizzazione per potersi allontanare prima del termine dell'orario di lavoro; ha riconosciuto loro un periodo di ferie annuali pari a 20 giorni, il cui godimento è sempre stato subordinato alla preventiva approvazione del Dirigente del Reparto; ha corrisposto i seguenti compensi fissi, al lordo:

- dal 2 maggio 2012 al 30 aprile 2014, € 3.500,00 annue per i contratti di assegno di ricerca e € 5.500,00 annue per i contratti di borsa di studio,

- dal 1° luglio 2014 al 31 gennaio 2018, € 7.000,00 annue,

- dal giugno 2018 ad oggi, € 1.381,84 mensili.

Il Giudice di prime cure, con la sentenza n. 331 del 26 febbraio 2020, ha respinto le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla ASL di Caserta, ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha annullato la deliberazione dell'ASL Caserta, nella parte in cui ha escluso gli appellati dalla procedura di stabilizzazione.

Avverso tale sentenza insorge l'ASL di Caserta deducendo:

I. Difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore dell'A.G.O., violazione dell'art 8 c.p.a., violazione e falsa applicazione degli articoli 2727 e 2728 c.c.

L'ASL CE eccepisce che il TAR adito avrebbe dovuto declinare la propria giurisdizione, essendo onere della parte ricorrente provare in giudizio - dinanzi all'A.G.O. in funzione di giudice del lavoro - di essere stato stabilmente incluso nei compiti funzionali dell'Asl, e di avere reso attività lavorativa nell'espletamento del servizio pubblico.

II. Violazione e falsa applicazione degli articoli 1362 ss.cc., 115 e 116 del c.p.c., violazione e falsa applicazione del comma 10 del d.lgs. 75/2017 e dell'art. 36 del d.lgs. 135/2001.

L'appellante amministrazione contesta l'erronea applicazione analogica del comma 9 dell'art. 20 e il vizio di motivazione della decisione del TAR per la Campania che ha esteso il concetto di lavoro flessibile fino a ricomprendere le attività di studio e di ricerca affidate ai ricorrenti, non deducendosi dai relativi singoli contratti l'intendimento dell'amministrazione di un inserimento degli odierni appellati nell'assetto istituzionale dell'ASL.

III. Inammissibilità del ricorso - tardività.

L'ASL CE insiste sulla tardività del ricorso per mancata impugnazione del bando concorsuale nei termini di legge e contesta la decisione del giudice di prime cure che ha ritenuto le clausole del bando non immediatamente escludenti.

Le parti presentano reciproche memorie.

All'udienza del 7 aprile 2022 la causa è stata tratta in decisione.

DIRITTO

La Sezione ritiene di scrutinare preliminarmente le censure sollevate dall'ASL di Caserta in ordine alla dedotta carenza di giurisdizione e alla contestata tardività del ricorso di primo grado.

Entrambe le eccezioni sono infondate.

1.1 Sotto il primo profilo, la fattispecie rientra nella sfera di applicazione del comma 4 dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, in base al quale: «Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni». Il petitum sostanziale del gravame riguarda la legittimità dei provvedimenti amministrativi autoritativi, coi quali l'ASL Caserta, dopo aver bandito la procedura per la stabilizzazione del personale precario di cui al comma 2 dell'art. 20 del d.lgs. n. 75/2017, ha escluso gli appellati per la ravvisata mancanza di un requisito di ammissione.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, il meccanismo di stabilizzazione previsto dall'art. 20, comma 2, d.lgs. n. 75 del 2017 si connota come una procedura concorsuale selettiva che presuppone lo svolgimento di prove di tipo concorsuale e valutazioni discrezionali attinenti ai requisiti e al merito, con conseguente sussistenza di posizioni di interesse legittimo.

1.2 Quanto alla lamentata tardività dei ricorsi di primo grado, rileva il Collegio che gli appellati hanno essenzialmente sostenuto che gli impugnati atti di esclusione si sarebbero posti in violazione della normativa di settore, sicché non vi era l'onere d'impugnativa immediata del bando.

Nel caso di specie, il bando di concorso ha richiamato l'art. 20, comma 2, d.lgs. n. 75/2017, sicché risultano tempestive le censure di errata interpretazione della legge, formulate in primo grado.

Al di fuori di clausole riguardanti i requisiti di ammissione che sono ex se ostativi alla partecipazione dell'interessato, opera la regola secondo cui i bandi di gara e le lettere di invito devono essere impugnati unitamente agli atti che ne costituiscono concreta applicazione, dal momento che a questi ultimi deve ascriversi l'individuazione del soggetto leso dal provvedimento e, di conseguenza, l'attualità e la concretezza della lesione arrecata alla situazione giuridica dell'interessato (Cd, Sezione VI, n. 1266/2019).

Nel caso di specie i requisiti indicati nel bando di concorso di cui si discute, nel richiamare l'art. 20 del d.lgs. 75/2017, non avevano carattere immediatamente escludente perché discendente dalla valutazione che l'Asl di Caserta era chiamata ad operare con riguardo alle singole posizioni dei candidati in relazione al più generale rinvio alla definizione di “contratto di lavoro flessibile” indicata nel d.lgs. n. 156/2001 T.U.P.I..

2. Passando ad esaminare il merito, l'appello dell'ASL di Caserta è infondato e, pertanto, deve essere respinto.

2.1 L'ASL, con il bando pubblicato sul B.U.R.C. n. 49 del 12 agosto 2019 e, per estratto nella G.U.R.I. IV serie speciale n. 73 del 13 settembre 2019, ha indetto una procedura di concorso per titoli per la stabilizzazione del personale precario dell'area del comparto sanità del servizio sanitario nazionale avente ad oggetto la copertura a tempo indeterminato di “n. 1 posto di Dirigente biologo di patologia clinica/alta disciplina”.

2.2 La partecipazione era subordinata al possesso dei requisiti di cui all'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017.

2.3 Gli appellati, vittoriosi in primo grado, ribadiscono di essere stati ingiustamente esclusi dalla procedura di stabilizzazione essendo titolari di rapporto di lavoro flessibile.

2.4 La questione su cui la Sezione è chiamata a decidere riguarda, pertanto, l'ambito di effettiva operatività dell'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017, avuto riguardo ai lavoratori del comparto sanità.

2.5 Preliminarmente, la Sezione intende procedere ad un inquadramento della nuova disciplina concernente la stabilizzazione dei precari.

La frequente stipula, da parte delle pubbliche amministrazioni, di contratti a termine, di formazione e lavoro, di somministrazione e, in genere, alle forme contrattuali flessibili – consentita solo per esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale, ma talvolta reiterata oltre i previsti limiti temporali - ha determinato situazioni di precariato, cronicizzate nel tempo.

Ciò ha indotto il legislatore ad introdurre procedure di “stabilizzazione”, finalizzate all'obiettivo dell'assorbimento dei lavoratori precari nel personale stabile con contratti a tempo indeterminato.

Come ha chiarito la stessa Corte Costituzionale, le procedure di stabilizzazione costituiscono uno strumento di reclutamento derogatorio rispetto a quello ordinario del pubblico concorso, in quanto introducono un percorso riservato ad una platea ristretta di soggetti, che risultino in possesso di determinati requisiti e abbiano maturato un determinato periodo di esperienza lavorativa in ambito pubblico, secondo dettagliate disposizioni previste da specifiche leggi.

In particolare, l'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017 - concernente “modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi degli articoli 16, commi 1, lettera a), e 2, lettere b), c), d) ed e) e 17, comma 1, lettere a), c), e), f), g), h), l) m), n), o), q), r), s) e z), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche” - prevede che:

1) al fine di superare il precariato, ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato, consente alle amministrazioni, nel triennio 2018-2020, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni di cui al-

l'articolo 6, comma 2, e con l'indicazione della relativa copertura finanziaria, di assumere a tempo indeterminato personale non dirigenziale che possenga tutti i seguenti requisiti:

a) risulti in servizio, anche per un solo giorno, successivamente alla data del 28 agosto 2015, con contratto di lavoro a tempo determinato presso l'amministrazione che deve procedere all'assunzione;

b) sia stato assunto a tempo determinato attingendo ad una graduatoria, a tempo determinato o indeterminato, riferita ad una procedura concorsuale ordinaria, per esami o per titoli, ovvero anche prevista in una normativa di legge - in relazione alle medesime attività svolte e intese come mansioni dell'area o categoria professionale di appartenenza, procedura anche espletata da amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione;

c) abbia maturato, al 31 dicembre 2022, alle dipendenze della stessa amministrazione che procede all'assunzione, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni.

2.6 Nello stesso triennio 2018-2020, le amministrazioni possono bandire, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni di cui all'articolo 6, comma 2, e ferma restando la garanzia dell'adeguato accesso dall'esterno, previa indicazione della relativa copertura finanziaria, procedure concorsuali riservate, in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili, al personale non dirigenziale che possenga tutti i seguenti requisiti:

a) risulti titolare, successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 124 del 2015, di un contratto di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso;

b) abbia maturato, alla data del 31 dicembre 2017, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso.

2.7 Dalle procedure di "stabilizzazione" previste dall'art. 20, sono esclusi, ai sensi del successivo comma 9, ultimo periodo, i lavoratori utilizzati mediante contratti di somministrazione di lavoro presso le pubbliche amministrazioni.

2.8 Ai sensi del comma 11 del medesimo articolo 20, "Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano al personale tecnico-professionale e infermieristico del Servizio sanitario nazionale, nonché al personale delle amministrazioni finanziate dal Fondo ordinario per gli enti e le istituzioni di ricerca, anche ove lo stesso abbia maturato il periodo di tre anni di lavoro negli ultimi otto anni rispettivamente presso diverse amministrazioni del Servizio sanitario nazionale o presso diversi enti e istituzioni di ricerca".

Passando quindi alla disamina dei motivi del ricorso, nel merito, il collegio osserva che la delibera dirigenziale impugnata esplicita come segue il motivo dell'esclusione: "non in possesso di almeno 3 anni di contratto, anche non continuativi, dall'1.01.2010 al 31.12.2017, presso l'ASL di Caserta o presso Enti del SSN".

Il collegio osserva che la motivazione è estremamente sintetica. L'amministrazione, infatti, non specifica, come invece avrebbe dovuto, a quale tipologia di contratto essa faccia riferimento nell'escludere il candidato; non chiarisce le ragioni per cui, in disparte uno stretto riferimento formale al nomen iuris del contratto sottoscritto negli anni con il singolo appellato, ciascun contratto, vuoi di "assegni di ricerca", di "borsa di studio", vuoi del successivo contratto di "colla-

borazione ex art. 15-octies d.lgs. n. 502/92, non possa rientrare nell'ampio concetto di lavoro flessibile ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001.

Né si può sottovalutare che gli interessati hanno, con circostanziati riferimenti documentali, presentato in giudizio tutta una serie di elementi indicatori, peraltro mai smentiti dall'odierna amministrazione appellante, che inducono fondatamente a ritenere che gli appellati abbiano condotto una vera e propria attività lavorativa.

Del resto la disciplina volta alla cennata stabilizzazione si connota di un preciso favor participationis, come si ricava dalle previsioni del comma 10 dell'art. 20 del d.lgs. n. 75/2017, ragione temporis applicabile, il quale richiama il comma 543 dell'art. 1 della l. n. 508/2015 che integra in senso maggiormente ampliativo la disposizione generale posta dal comma 2, estendendole al personale dirigenziale oltre che a quello non dirigenziale delle SSN, nonché alle collaborazioni coordinate e continuative (tra cui possono farsi rientrare le collaborazioni per l'attuazione di progetti finalizzati ex art. 15-octies d.lgs. 592/92 volti all'attuazione di progetti finalizzati al perseguimento di obiettivi di carattere prioritario e di rilievo nazionale) e riconducendovi, attraverso il più ampio riferimento "alle altre forme di lavoro flessibile", figure contrattuali altrimenti escluse.

In tale cornice, pertanto, il provvedimento dirigenziale avrebbe dovuto esplicitare per ciascun candidato le ragioni per cui i singoli rapporti negoziali intervenuti nel tempo, non possono rientrare nell'ampia definizione di lavoro flessibile, tanto più che, come si ricava da documenti in atti, il rapporto tra l'appellato e l'ASL CE ha avuto indiscutibilmente causa non solo formativa ma anche di lavoro; con la conseguenza che si appalesa necessario dare conto nella estensione della censurata motivazione di una preliminare valutazione circa la corrispondenza tra le prestazioni oggetto comunque del contratto e l'attività lavorativa del posto messo a concorso.

Per le ragioni suesposte il ricorso è infondato, nel senso che gli atti impugnati risultano basati su una inadeguata motivazione: l'Amministrazione deve ricostruire più adeguatamente le situazioni concrete nelle quali si sono trovati gli interessati, verificando se essi sono concretamente in possesso dei requisiti necessari per ottenere il beneficio in questione.

L'appello va, pertanto, respinto e la sentenza impugnata va pertanto confermata (il che comporta che, nel caso di eventuale violazione del giudicato, in ipotesi sarebbe sussistente la competenza funzionale del TAR qualora sia proposto un ricorso per l'esecuzione del giudicato).

Sussistono le condizioni per la compensazione delle spese dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2022