

CONSIGLIO DI STATO - Sezione III – sentenza n. 3272 del 1° luglio 2015

ACCESSO AL SSN: L'EQUIPOLLENZA DELLE DISCIPLINE NON È PERFETTA FUNGIBILITÀ

La necessità della previa utilizzazione di una precedente graduatoria, in luogo della indizione di una nuova procedura concorsuale (ovvero in luogo della utilizzazione della relativa graduatoria comprensiva anche degli idonei), ha ragione di porsi ove vi sia omogeneità assoluta tra i posti da coprire con l'uno e con l'altro meccanismo selettivo ovvero con la più remota e la più recente graduatoria concorsuale.

Nel caso specifico sottoposto al vaglio del Consiglio di Stato, tale presupposto di omogeneità assoluta non si è rilevato, considerata la diversa disciplina scientifica dei posti da coprire inerenti il profilo professionale di Dirigente Biologo - disciplina Patologia Clinica - rispetto a quelli per la cui copertura veniva approvata la graduatoria concorsuale attinente il profilo professionale di Dirigente Biologo - disciplina di Biochimica Clinica presso i SERT.

omissis

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. La dott.ssa G.A., biologa specializzata in patologia clinica, partecipò al concorso, per titoli ed esami, a due posti di dirigente biologo (specialità di biochimica clinica) presso i SERT, a suo tempo indetta dall'oggi disciolta AUSL LE/1 di Lecce.

In esito al concorso stesso, la dott.ssa A. si collocò al 5° posto della relativa graduatoria di merito, approvata con deliberazione del Direttore generale n. 2582 del 4 giugno 2002, ma in posizione non utile all'assunzione.

Con Delib. n. 461 del 29 giugno 2006, il Direttore generale dell'AUSL LE/2 di Maglie indisse un concorso pubblico, per titoli ed esami, a due posti di dirigente biologo (spec. patologia clinica). Una volta approvata la relativa graduatoria di merito, il Commissario straordinario dell'ASL di Lecce, presso cui confluirono le due citate AUSL, emanò le deliberazioni n. 5071 del 28 dicembre 2007 e n. 5123 del successivo giorno 31, in base alle quali la graduatoria stessa fu scorsa fino al candidato collocato al 7° posto. Furono così avviate al lavoro, tra gli altri candidati, anche le dott.sse A.C. ed A.S.D..

2. Avverso tali provvedimenti insorse allora la dott.ssa A. innanzi al TAR Lecce, con il ricorso n. 316/2008 RG, deducendo in punto di diritto:

1) l'obbligo dell'ASL intimata di scorrere la citata graduatoria del 2002 in virtù dell'art. 18, c. 7 del D.P.R. 10 dicembre 1999 n. 483 - emanato con l'evidente scopo d'evitare la formazione del precariato e di non aggravare la P.A. con altre e nuove procedure di concorso -, tali, quindi, da sostituire la disciplina sul punto recata dall'art. 8 del D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, come evincesi dalla prevalente giurisprudenza;

2) l'irragionevolezza dell'operato dell'ASL intimata, perché non considerò che, nella coesistenza tra la graduatoria del 2002 e quella del 2007, avrebbe dovuto preferire lo scorrimento della prima, tuttora efficace, una volta assunti i vincitori inseriti nella seconda;

3) la sussistenza dei presupposti (identità di ruolo, profilo professionale, area scientifica e posizione funzionale; vacanza del posto dopo l'approvazione della graduatoria), in capo alla dott.ssa A., d'altronde specializzata in patologia clinica, ossia appunto quella oggetto del reclutamento bandito dall'AUSL LE/2;

4) la perdurante efficacia della graduatoria del 2002, in forza delle proroghe sancite a partire dall'art. 34, c. 12 della L. 23 dicembre 2002, n. 389, ininterrottamente fino al 31 dicembre 2008 grazie all'art. 1, c. 596 della l. 30 dicembre 2004 n. 311 (ad oggi, fino al 31 dicembre 2016).

Con sentenza n. 1432 del 31 luglio 2012, l'adito TAR ha respinto la pretesa attorea perché, asodata l'efficacia d'entrambe le graduatorie de quibus, l'utilizzazione d'una graduatoria concorsuale "... in luogo della indizione di una nuova procedura concorsuale... in tanto ha ragione di porsi in quanto vi sia omogeneità assoluta tra i posti da coprire con l'uno e con l'altro meccanismo selettivo...". E tal omogeneità è nella specie insussistente anche con riguardo al richiamato D.M. 30 gennaio 1998, che riconosce sì equipollenti, ma non identici i titoli di specializzazione di biochimica clinica e di patologia clinica.

3. Appella quindi la dott.ssa A., con il ricorso in epigrafe, deducendo l'erroneità della sentenza impugnata per:

A) l'erronea applicazione nella specie del principio di omogeneità assoluta dei posti da coprire con le due modalità di reclutamento, poiché la graduatoria del 2002 chiese sì ai candidati la specializzazione in biochimica clinica, che nondimeno è equipollente ai sensi del D.M. 30 gennaio 1998 alla patologia clinica tanto nei servizi, quanto nelle scuole di specializzazione e nei servizi (e viceversa per quanto attiene alla seconda graduatoria), tant'è che al concorso del 2006 in contestazione avrebbero potuto partecipare i biologi con specializzazione sia in biochimica clinica, sia in patologia clinica;

B) l'insussistenza d'ogni diversità funzionale tra i posti da coprire con i due reclutamenti de quibus, specie laddove il TAR assume l'irrilevanza del possesso, in capo alla dott.ssa A., della specializzazione in patologia clinica, la quale le permise comunque, grazie al meccanismo delle equipollenze ex D.M. 30 gennaio 1998, di partecipare al concorso del 2002 e di superarne le prove, sicché ella ben avrebbe potuto aspirare all'assunzione in esito al concorso del 2006 proprio in virtù di tali circostanze e ad onta dell'asserita identità tra titoli vantati e posti da ricoprire;

C) l'irrilevanza del richiamo in motivazione al fatto che l'appellante sia inserita in una graduatoria per dirigenti biologi da destinare ai SERT, in quanto la sostanziale identità funzionale del personale reclutato con entrambi i concorsi in questione ben s'evince dall'assegnazione dei due vincitori del primo non ai SERT, ma al Laboratorio analisi del p.o. di Campi Salentina (LE) e, rispettivamente a quello del p.o. di Nardò;

D) l'omessa considerazione del principio, applicabile nella specie, per cui nella concorrenza di due graduatorie concorsuali, entrambe valide ed efficaci, si deve utilizzare quella prior in tempore, giacché, come ha affermato l'Adunanza plenaria di questo Consiglio, lo scorrimento delle graduatorie già approvate costituisce una modalità ordinaria di reclutamento nei pubblici impieghi, sì da determinare l'illegittimità di un'eventuale nuova indizione di concorso non adeguatamente motivata.

Resiste in giudizio la controinteressata dott.ssa C., la quale eccepisce l'infondatezza dell'assunto dell'appellante, affermato ma non dimostrato, sull'omogeneità delle discipline oggetto dei rispettivi concorsi in questione (che, anche in base all'invocato DM, afferiscono a campi scientifici diversi), concludendo così per il rigetto dell'appello. S'è costituita in giudizio pure la dott.ssa S.D., eccependo che l'equipollenza dei titoli vale solo per l'ammissione al concorso e non si traduce nella equipollenza (e perfetta fungibilità) del posto e del profilo professionale dei due reclutamenti citati, donde l'assenza dell'obbligo dell'ASL intimata di scorrere la graduatoria in cui è inserita la dott.ssa A., fermo restando che l'assegnazione dei due vincitori del concorso del 2002 ai Laboratori analisi dei pp.oo. di Campi Salentina e Nardò fu effettuata affinché tali sanitari svolgessero le analisi tossicologiche a favore dei SERT colà esistenti. Tutte le altre parti, ancorché ritualmente intimate, non si sono costituite in giudizio.

Alla pubblica udienza dell'11 marzo 2015, su conforme richiesta delle parti costituite, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

4. L'appello non può esser condiviso e va rigettato, per le ragioni qui di seguito indicate e con due doverose precisazioni preliminari.

La prima: preme al Collegio far subito presente, non tanto per concludere per l'inammissibilità del ricorso in epigrafe (d'altro canto dedotta d'ufficio e mai tenuta presente dalle parti o dal TAR), quanto per argomentare la precaria fondatezza della relativa pretesa nel merito, che l'interesse dedotto si mostra già ab initio poco o punto saldo indipendentemente dal mero caso che la graduatoria in cui fu inserita la dott. A. fosse stata formata nel 2002 dall'AUSL LE/1 e quella impugnata al TAR afferisca al concorso bandito dall'AUSL LE/2 e che, nel frattempo, entrambe le Aziende siano state soppresse e siano confluite nell'ASL di Lecce

Più in particolare, predica l'appellante la perfetta omogeneità (vale a dire: la totale fungibilità) di titoli d'ammissione ai predetti concorsi ed ai posti da ricoprire in entrambi i casi, nonché la pozziorità, ai fini del suo accesso al pubblico impiego prima dello scorrimento della graduatoria del 2007, di quella del 2002, in esito al concorso, cui ella partecipò, a due posti di dirigente biologo nella disciplina di biochimica clinica. Ma allora tal interesse al bene della vita, cioè all'assunzione prima degli odierni controinteressati, è sorto in capo alla dott.ssa A. fin dalla pubblicazione del bando relativo al secondo concorso (quello del 2006, disciplina di patologia clinica). Invero, per il sol fatto che, valida, efficace ed opponibile ai terzi essendo in quel momento (e pure oggidi) la graduatoria del 2002 in cui ella è stata inserita, un altro ente del SSN nella Regione Puglia, non importa con qual denominazione o in uno, piuttosto che in un altro ambito territoriale, individuò la necessità del reclutamento nel medesimo profilo funzionale e con le caratteristiche che l'appellante ha dianzi descritto, la lesione al di lei titolo pozziore s'è determinata fin dal bando che, immemore del relativo obbligo immanente nell'ordinamento, non ha fornito quella motivazione specifica, richiesta dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 14/2011, per giustificare tal nuovo concorso. Tanto perché, essendo tal secondo concorso stato bandito dopo la generalizzazione del principio sancito dall'art. 15, c. 7 del D.P.R. 9 maggio 1994 n. 487 - identico alla formulazione del citato art. 18, c. 7 del D.P.R. n. 483 del 1997 -, esso soggiace alla regola, immanente come s'è detto e solo chiarita dall'Adunanza plenaria, della scelta motivata tra scorri-

mento della pregressa graduatoria e nuovo concorso, la prima forma di reclutamento essendo (sia pur nei limiti indicati infra) quella ordinaria e prevalente in assenza di specifiche ragioni alternative.

Ebbene, una volta così consolidata la scelta dell'allora AUSL LE/2 nel senso del concorso, pure nei confronti dell'appellante, la graduatoria impugnata innanzi al TAR non ne è che l'ineluttabile ed ineludibile conseguenza, senza la possibilità che tal graduatoria attualizzi l'interesse al grave e si abbia così il "diritto" allo scorrimento della prima graduatoria.

La seconda: in memoria conclusionale l'appellante sembra voler questionare sulla confluenza delle predette Aziende nell'ormai unica ASL provinciale di Lecce, che poi approvò la graduatoria per cui è causa.

Non è però controverso che, ove sussistano i presupposti per ottenerlo, spetti all'ASL di provvedere allo scorrimento della graduatoria prior in tempore, poiché ella, almeno come lo prospetta, sarebbe comunque potior in jure, sia pur per volontà di norma generale. La questione s'incentra piuttosto su ciò che l'appellante stessa vorrebbe inferire a suo favore da siffatta competenza in capo a tale ASL, quantunque differenti furono sia le preesistenti AUSL sia gli oggetti dei concorsi rispettivi. L'ASL di Lecce ora dovrebbe dedurre l'assoluta identità / fungibilità di ruolo, qualifica e servizi, esclusa dal TAR, dalla mera equipollenza dei titoli d'ammissione ai concorsi stessi, in particolare a quello con la graduatoria in cui la stessa appellante fu inserita. Ma una tal deduzione, così automatica, non è una scelta della norma sulle equipollenze dei titoli de quibus, né tampoco un dato rinvenibile nella struttura dell'area della medicina diagnostica e dei servizi (in cui sono inserite, tra le altre, anche le discipline di biochimica clinica e di patologia clinica), ma al più uno dei possibili, ma non per forza il più corretto, argomento per superare lo scoglio logico del contenuto dello specifico profilo professionale, tenuto presente dal TAR e minimizzato dall'appellante. L'argomento è circolare: per affermare la fungibilità dei posti oggi in questione, la dott.ssa A. predica che dette due discipline sono omogenee perché equipollenti ne sono i titoli per l'ammissione ai concorsi, e sono equipollenti questi ultimi perché lo sono anche i servizi e, dunque, tali servizi sono fungibili grazie alla predetta omogeneità delle discipline, di talché diviene irrilevante in tal prospettazione, ove coincidono gli estremi del discorso, la differenza di compiti e mansioni spettanti (ed esigibili) al dirigente biologo nell'una, anziché nell'altra disciplina.

È appena da osservare che una tal "perfetta" fungibilità è affermata dall'appellante dal fatto che, in fondo, i vincitori inclusi nella sua stessa graduatoria, sarebbero stati utilizzati non nei SERT, ma in altri servizi. A parte che non si conosce la vera ragione di tal vicenda, al più essa denota una certa qual "disinvoltura" dell'Azienda datrice di lavoro circa l'utilizzazione corretta ed efficace dei propri prestatori d'opera, ma si tratta d'una questione che, a tutto concedere, riguarda soltanto tali soggetti e non sembra argomento spendibile a favore dell'una, piuttosto dell'altra tesi qui a confronto.

5. Già sulla scorta di tali elementi il Collegio non può seguire la tesi dell'appellante, poiché ella non considera l'assenza dell'obbligo dell'invocato scorrimento, anzitutto con riguardo alla potestà autoritativa che, ai sensi dell'art. 63, c. 4 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, l'ASL datrice di

lavoro esercita con l'indizione d'un nuovo concorso pubblico, invece di procedere allo scorrimento d'una precedente graduatoria concorsuale (arg. ex Cons. St., V, 9 marzo 2015 n. 1186).

In tal caso, pur ad ammettere che sussistano i presupposti per lo scorrimento della graduatoria de qua a favore dell'appellante, non va sottaciuto che sul punto la P.A. datrice di lavoro esercita una potestà autoritativa, di fronte alla quale il candidato idoneo ha solo un interesse legittimo.

La cosa, in sé scontata, non è di poco momento nella specie, atteso che la P.A. stessa mantiene, pur a fronte d'una graduatoria tuttora efficace, il potere discrezionale di non usarla per il reclutamento di nuovo personale. Ciò implica che, nel caso qui in esame ed in disparte ogni considerazione sugli scopi in sé dell'utilizzabilità ex lege di graduatorie altre e/o di terzi e, soprattutto, sulla reiterazione della proroga della loro efficacia che è in aperta ribellione verso l'art. 97, III c., Cost. (come meglio si vedrà infra), la contestazione dell'atto organizzativo, con il quale l'ASL ha scelto un percorso diverso da quello dello scorrimento della graduatoria, incide non sul diritto soggettivo della dott.ssa A., ma sul di lei interesse legittimo. Ed implica altresì che, trattandosi d'una scelta al più soggetta all'onere di motivazione, il bene della vita specifico cui potrebbe accedere l'appellante è non già il posto ambito, ma solo la conformazione della predetta potestà discrezionale in termini di puntuale motivazione della scelta così operata, secondo il ben noto, ma pur sempre libero, criterio di ragionevolezza. Diversamente argomentando, si perverrebbe, come in realtà l'appellante vuole, ad assegnarle il posto, a seguito d'una graduatoria prorogata ad libitum e di fatto sine die, elidendo così ogni apprezzamento da parte dell'ASL sia sul merito della graduatoria stessa, sia sulla perdurante attualità dei saperi del candidato idoneo, anche con riguardo al lavoro da svolgere, che è poi uno dei fini essenziali dei concorsi ai pubblici impieghi. Non è infatti chi non veda, a pena di violare l'art. 97, III c., cit., come tal apprezzamento discrezionale costituisca il ragionevole baluardo contro ogni tentazione di dilatare all'infinito la deroga al pubblico concorso, cioè la forma dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme sull'attingimento a graduatorie sempre più vecchie e, come tali, scientificamente obsolete.

Sicché, a differenza di quanto afferma l'appellante, ogni differenza tra gli scopi dei reclutamenti in esame rappresenta non già un pignolesco modo di rinvenire un pretesto per non conformare la scelta dell'ASL, bensì il metodo più rigoroso per attuare, anche nell'interesse del candidato, la deroga al concorso, ossia il metodo per verificare la ragionevolezza (e, quindi, l'esigibilità) di tal invocata conformazione.

Sul punto il TAR ha fatto presente che la "... necessità della previa utilizzazione di una precedente graduatoria..., in luogo della indizione di una nuova procedura concorsuale (ovvero in luogo della utilizzazione della relativa graduatoria comprensiva anche degli idonei), ha ragione di porsi (ove) ... vi sia omogeneità assoluta tra i posti da coprire con l'uno e con l'altro meccanismo selettivo (ovvero con la più remota e la più recente graduatoria concorsuale) ...". Prosegue il TAR nel senso che nella specie "... tale presupposto (omogeneità assoluta) non sussiste, considerata la diversa disciplina scientifica dei posti da coprire...inerenti il profilo professionale di Dirigente Biologo, disciplina di Patologia Clinica, rispetto a quelli per la cui copertura è stata approvata la graduatoria concorsuale in cui si trova collocata...la ricorrente: attinenti il profilo

professionale di Dirigente Biologo, disciplina di Biochimica Clinica presso i SERT (pur se appartenenti alla stessa area della Medicina diagnostica e dei servizi che, però, ai sensi del D.M. 31 Gennaio 1998, si articola nelle differenti discipline scientifiche di: ...Biochimica clinica;...Patologia clinica; eccetera) ...".

Ebbene, la risposta alla questione prospettata dalla dott.ssa A. in prime cure, e ora qui ribadita, sta tutta qui. Non basta predicare l'identità di ruolo (dirigenziale), ch  dirigenti sono in varia guisa tutti i laureati professionali alle dipendenze del SSN; n  del profilo professionale (biologo dirigente), ch  tutti i biologi lavoratori del SSN e cos  reclutati sono cos  collocati; n  tampoco quella dell'area scientifica interessata (area della medicina diagnostica e dei servizi), ch , in base alle tabelle ex D.M. 30 gennaio 1998, ad essa afferiscono vari e numerosi insiemi di titoli e scuole, anche assai lontani dall'attivit  del biologo. Tutti questi dati sono poco o per nulla connotanti, l'unica cosa rilevante all'uopo affermata (cfr. sempre pag. 3 della memoria citata)   e resta l'argomento dell'equipollenza delle scuole e dei titoli di carriera, intesa a svilire del tutto le differenze tra i profili professionali, ossia proprio ci  che del candidato serve davvero alla P.A. reclutante e per il quale il reclutamento   effettuato. Non   punto vero che tutti i profili professionali del biologo sono uguali e fungibili, in quanto l'eventuale equipollenza all'entrata non significa identit  di mansioni ed attivit  in ogni contesto in cui un biologo possa esser utilizzato per l'attivit  sanitaria comunque declinata.   vero il contrario, ch  il profilo professionale connota la specializzazione lavorativa del biologo lavoratore del SSN e che, quindi, non spetta, n    nella libera apprensione di tutti i biologi lavoratori e men che mai dei biologi esterni.

Dal che l'insussistenza si quella determinante (e, dunque, ineludibile per l'interprete) coincidenza di contenuto dello specifico profilo professionale per la cui copertura si provvede con il concorso del 2006 che riguard  i controinteressati dott.ssa C. e consorti e, al contempo, l'esistenza di notevoli distinzioni rispetto alla precedente graduatoria (arg. ex Cons. St., III, 27 aprile 2015 n. 2153).

Non dura fatica il Collegio a tener conto che, in sostanza, al concorso della cui graduatoria   causa l'appellante avrebbe potuto accedere, grazie alla predetta equipollenza, ma solo al fine di sostenere le prove, non per ottenere il posto messo a selezione. Ecco, proprio in ci  consiste, al di l  d'ogni tecnica argomentativa, la fallacia logica della tesi dell'equipollenza come fungibilit . Una cosa   il partecipare, ben altro   l'aver acquisito la professionalit  propria del posto messo a concorso e che, risultando dall'accertamento di saperi specifici per ottenere quest'ultimo, NON dipende da una qualunque pregressa acquisizione d'altro profilo (e, come dice il TAR, neppure dal mero caso del possesso d'una certa specializzazione). Se fosse vero ci  (ossia, se bastasse esser equipollente per ottenere un qualunque profilo professionale di biologo), a pi  forte ragione allora - la dott.ssa A. pare non avvedersene -, ella avrebbe dovuto impugnare subito il concorso de quo. Tanto perch  il profilo messo a concorso sarebbe stato, a svolger fino in fondo la tesi stessa, un mero ed illegittimo espediente per eliminare ogni interesse allo scorrimento d'ogni pregressa graduatoria afferente ad una qualunque disciplina equipollente. Anzi, a ben vedere, ella si sarebbe dovuta gravare contro anche il citato DM, nella misura in cui, asserendo tal equipollenza, non aveva chiarito che questa   sinonimo d'identit  di lavori e mansioni.

Rettamente allora le controinteressate obiettano come l'equipollenza all'ingresso non dia luogo alla fungibilità, la quale è poi un modo elegante per dire che, tra i biologi equipollenti, non esiste alcuna differenza funzionale e di compiti. E che non sia in questi termini, basti vedere, lo dice l'appellante stessa, il tipo di prove somministrate nel concorso per cui è causa, ictu oculi proprie della patologia clinica, a fronte di quella sull'elettroforesi sieroproteica, svolta a sua tempo dalla dott.ssa A. nel proprio concorso e che, sostanziosamente nell'esame delle proteine nel sangue e nel siero, forse sarà usata anche in patologia clinica, ma con altrettanta probabilità in una miriade di altri contesti.

6. In definitiva, l'appello va respinto, con conseguente assorbimento di tutti gli argomenti di censura o di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati, che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione ed in ogni caso inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. La peculiarità della questione e giusti motivi suggeriscono, tuttavia, la compensazione integrale, tra le parti costituite, delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso n. 387/2013 in epigrafe), lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio dell'11 marzo 2015, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Carlo Deodato, Presidente FF

Salvatore Cacace, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Massimiliano Nocelli, Consigliere