

Pubblicato il 08/08/2024

N. 07060/2024REG.PROV.COLL.
N. 07273/2020 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7273 del 2020, proposto da -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Gallinaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, non costituita in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 743/2019

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 3 luglio 2024 il Cons. Sergio Zeuli e udito l'avvocato Gallinaro Giuseppe;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La sentenza impugnata ha respinto il ricorso proposto dalla parte appellante per l'annullamento della DDG della -OMISSIS- n.181 dell'1 marzo del 2019 avente ad oggetto: *“assunzione a tempo pieno ed indeterminato di n.3 di dirigenti medici nella disciplina di medicina e chirurgia d'accettazione e d'urgenza per la procedura di stabilizzazione del personale precario del comparto e della dirigenza ai sensi dell'art. 20, co.1, del D.Lgs. n.75/2017, nella parte in cui non include tra i nominativi dei partecipanti e degli stabilizzati tra i quattro posti messi a concorso, anche la Dr.ssa -OMISSIS- che ha presentato domanda prot.7045/2019”*.

2. Avverso la decisione sono dedotti i seguenti motivi di appello:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 2/bis, 3, 4, 5, 7,8, 10 e 10/bis L. 241/1990 omessa comunicazione e violazione del giusto procedimento. Violazione degli artt. 1175 e 1374 c.c. con riferimento all' art. 97 Costituzione: principi privatistici di correttezza e buona fede e pubblicistici di ragionevolezza e trasparenza.

II. Erroneità nei presupposti. Difetto di istruttoria, eccesso di potere e carenza di motivazione in ordine all'omessa indicazione della domanda della -OMISSIS- prot.7045.

III. Error in iudicando violazione e falsa applicazione dell'art.20, co.1, D.L.gs. n.75/2017. Omessa stabilizzazione della -OMISSIS-. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, illogicità manifesta, imparzialità, disparità di trattamento e buon andamento dell'azione amministrativa. Surrettizia ed

arbitraria introduzione di criteri illegittimi, discriminatori e restrittivi della tipologia di rapporto instaurato con il S.S.N. Violazione e contrasto con gli artt. 3, 4, 35, 36, 37 e 97 Costituzione.

2. Benché sia stata ritualmente citata, non si è costituita in giudizio l'ASL di Gaeta.

3. In diritto si osserva che la dott.ssa -OMISSIS-, medico chirurgo in possesso della specializzazione in Patologia clinica e diploma di formazione specifica in Medicina Generale - premesso di essere stata in servizio ininterrottamente dall' 1 maggio del 2010 al 31 dicembre del 2019 all'ASL Latina, in forza di rinnovati contratti di lavoro a tempo determinato, presso il Primo Punto di Intervento/Pronto soccorso di Gaeta, e di avere presentato in data 18 febbraio del 2019 domanda di partecipazione alla procedura per la stabilizzazione del personale precario ex art.20, co.1, del D.Lgs. n.75/2017, in seguito all'Avviso pubblico n. 13 del 12 febbraio 2019 per la copertura di n.4 posti di dirigente medico disciplina medicina e chirurgia d'accettazione e d'urgenza interna - ha impugnato il provvedimento descritto in epigrafe, col quale il Direttore generale della ASL di Latina ha proposto di procedere alla stabilizzazione degli aventi titolo ivi indicati, non includendo il suo nominativo.

4. L'azienda USL di Latina, costituita nel giudizio di primo grado, resisteva al ricorso sostenendo che con delibera n. 454 del 17.5.2019 la ricorrente era stata esclusa dalla stabilizzazione di cui all'art. 20 commi 1 e 2, in quanto non in possesso dei requisiti previsti per la stabilizzazione di cui ai commi 1 e 2 del D.lgs 75/2017 in quanto la stessa è inquadrata come Dirigente Medico con incarico provvisorio di Comunità Assistenziale presso il P.P.I. di Gaeta (rapporto di natura convenzionale), come dal certificato di servizio allegato.

Pertanto a dire dell'intimata, avendo fatto valere, ai fini dell'anzianità di carriera, periodi di servizi prestati nell'ambito delle Convenzioni regolate da A.C.N. con il Servizio Sanitario Nazionale non validi, in forza del bando (lett. d), pag.3 dell'Avviso), non poteva ritenersi in possesso dei requisiti prescritti per la stabilizzazione.

5. La sentenza impugnata, convalidando quest'ultima motivazione, ha rigettato il ricorso, ritenendo che, in base alle regole del bando, nel caso di specie non si potesse procedere alla stabilizzazione di cui all'art. 20 commi 1 e 2 del D. Lgs. n.75/2017 perché, ai fini di quest'ultima, per come applicata dal bando di concorso, non potevano essere calcolati i servizi prestati nell'ambito dei rapporti di lavoro convenzionati regolati da ACN quale quello della - OMISSIS-. Di conseguenza ha ritenuto che il provvedimento di esclusione dell'appellante, per mancanza dell'anzianità di servizio, non fosse illegittimo.

6. Il terzo motivo d'appello contesta alla sentenza impugnata di non aver dichiarato l'illegittimità dell'esclusione dalla procedura di stabilizzazione, e con essa, l'illegittimità della clausola di bando che ha ritenuto di escludere dalla ridetta stabilizzazione il personale, che, come la parte appellante, fosse titolare di un rapporto convenzionale con il Servizio Sanitario Nazionale in forza di un A.C.N. (Accordo Collettivo Nazionale) .

6.1. Il motivo è fondato. La fondatezza del motivo esonera questo giudice dall'analisi dei primi due motivi d'appello con la precisazione, per quanto riguarda il secondo, che la parte ha dato prova di avere tempestivamente depositato la domanda di partecipazione alla gara e che comunque la detta circostanza non risulta contestata in giudizio.

6.1.1. L'art. 20 del d.lgs. n. 75/17 (rubricato "Superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni") al comma 1 prevede che *"Le amministrazioni, 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, possono, nel triennio 2018-2020, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni di cui all'articolo 6, comma 2, e con l'indicazione della relativa copertura finanziaria, assumere a tempo indeterminato personale non dirigenziale che possieda tutti i seguenti requisiti:*

a) risulti in servizio successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 124 del 2015 con contratti a tempo determinato presso l'amministrazione che procede all'assunzione;

b) sia stato reclutato a tempo determinato, in relazione alle medesime attività svolte, con procedure concorsuali anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione;

c) abbia maturato, al 31 dicembre 2017, alle dipendenze dell'amministrazione che procede all'assunzione almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni”.

Al comma 2, l'art. 20 prevede che *“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 possieda 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”.

6.1.2. La norma, che come si desume anche dalla rubrica, persegue la finalità del riassorbimento del precariato nella pubblica amministrazione, contempla, in entrambi i commi – che si distinguono, oltre che per i diversi requisiti prescritti, anche per le previste modalità di assunzione, diretta, nel primo caso, tramite procedura concorsuale nel secondo – categorie di lavoratori precari nelle quali la parte appellante rientrava al momento della pubblicazione dell'avviso aventi diritto alla stabilizzazione.

La parte appellante era in servizio, quale Dirigente Medico, ininterrottamente dall'1 maggio del 2010 al 31 dicembre del 2020 presso il Punto di Primo Intervento – Pronto Soccorso di Gaeta, con contratti di lavoro a tempo determinato, dunque, come detto, possedeva i titoli richiesti.

Senonché l'amministrazione l'ha esclusa dalla procedura per il mancato possesso dei requisiti.

La motivazione – peraltro postuma –addotta dalla parte appellata a giustificazione della sua esclusione, è stata la natura convenzionale del rapporto che legava la parte appellante all'amministrazione che, a norma della lett. d pag.3 dell'Avviso pubblico escludeva espressamente la stabilizzazione.

6.1.3. Ritiene il Collegio che tale motivazione sia illegittima, per più di una ragione e che dunque vada annullata l'esclusione impugnata, così come la clausola di bando che la prevedeva.

6.1.3.1. Innanzitutto la predetta clausola limitativa contenuta nella *lex specialis* non trova alcun riscontro nella normativa sopra-emarginata, dunque si tratta di un ulteriore requisito aggiunto, in sede attuativa, dall'amministrazione appellata, che è obiettivamente incongruo perché, oltre ad essere penalizzante per una specifica categoria di lavoratori precari, finisce per contraddire la stessa finalità perseguita dal legislatore, che era, come detto, quella di ottenere la stabilizzazione dei rapporti e superare il cd. precariato storico.

Non vi è dubbio, d'altra parte, che il rapporto a tempo determinato che ha legato, fino ad ora, la parte appellante all'amministrazione, rivesta natura precaria potendo l'amministrazione recedere dal rapporto con una relativa facilità.

6.1.3.2. In secondo luogo, la clausola contestata stabilisce una sostanziale equipollenza tra rapporto a tempo indeterminato e rapporto convenzionato, sulla base dell'ACN dei medici con l'ASL, di cui non v'è traccia nel decreto legislativo e che è oltre tutto impropria da un punto di vista giuridico, perché in diritto del lavoro le due fattispecie sono nettamente distinte.

Per di più la predetta equipollenza risulta indebitamente penalizzante per il rapporto di lavoro convenzionale nel quale, a differenza che nel lavoro a tempo indeterminato, il lavoratore è già molto meno tutelato. Minus valenza della tutela alla quale andrebbe ad aggiungersi – qualora si accedesse all'interpretazione del primo giudice – anche l'impossibilità di ottenere una stabilizzazione.

6.1.3.3. Infine, nel caso di specie, l'impugnata esclusione non trova alcuna valida giustificazione neppure in concreto, considerando che la parte appellante, nello svolgimento della predetta attività presso il Pronto Soccorso di Gaeta, garantisce una prestazione lavorativa che, per tipologia e oggetto, oltre che per la qualificazione professionale

richiesta, è del tutto omologa, se non identica alle prestazioni contemplate dal ridetto decreto legislativo n.75/2017 quali requisiti di esperienza riconosciuti al fine di ottenere la prevista stabilizzazione. Non vi è dubbio, infatti, che quella in oggetto sia una prestazione qualitativamente omogenea alle prestazioni erogate da altri sanitari, legati all'amministrazione da un vincolo di collaborazione occasionale o di collaborazione coordinata e continuativa, queste ultime pacificamente riconosciute dal bando quali esperienze utili per la partecipazione alla procedura.

Anche in concreto, dunque, con specifico riferimento alla prestazione che viene in evidenza nel caso di specie, l'esclusione della predetta dalla procedura di cui alla controversia, si rivela iniqua.

7. In definitiva l'appello va accolto, e, in riforma della sentenza di primo grado, va accolto il ricorso introduttivo del giudizio, con conseguente annullamento dell'esclusione impugnata.

7.1. All'accoglimento dell'appello consegue l'obbligo per la parte appellata di rieditare la procedura concorsuale, onde verificare se i titoli in possesso della parte – che vanno valutati alla luce dell'interpretazione qui offerta – le consentivano di collocarsi in posizione utile in graduatoria ed ottenere così la stabilizzazione.

In tale ultimo caso, oltre all'avvio della relativa procedura, alla parte andranno risarciti, dall'amministrazione, come da sua richiesta, i danni corrispondenti al lucro cessante, ossia allo stipendio ed agli altri benefici, in termini di carriera, che le sarebbero derivati dall'assunzione a tempo indeterminato, fatta retroagire al tempo della conclusione della procedura concorsuale, detratti da questa voce le somme corrispondenti ai cd. "*aliud perceptum*" e/o "*aliud percipiendum*".

7.2. Le spese di giudizio, per entrambi i gradi, seguono il principio di soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello, e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso introduttivo del presente giudizio.

Condanna la parte appellata al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio in favore della parte appellante, che si liquidano complessivamente in euro 5000,00 (eurocinquemila,00), di cui euro 2000,00 (euroduemila,00) imputabili al primo grado, ed euro 3000,00 (eurotreemila,00), imputabili al grado d'appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Oreste Mario Caputo, Presidente FF

Raffaello Sestini, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere, Estensore

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

L'ESTENSORE
Sergio Zeuli

IL PRESIDENTE
Oreste Mario Caputo

IL SEGRETARIO