

Publicato il 12/02/2020

N. 01083/2020 REG.PROV.COLL.
N. 10505/2018 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10505 del 2018, proposto dal Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi-Melacrino-Morelli", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Saitta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, Piazza Cavour, n. 17, nello studio legale Ristuccia & Tufarelli;

contro

Pietro Neri, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Siviglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, alla via Cola di Rienzo n. 212, presso lo studio dell'avv. Francesco Brasca;

Antonino Marrari, Santo Federico, Carmela Comberiatì, Salvatore Gullà, Luciano Zito, Sandro Prestia, Mario Azzarà, Marco Molinaro, Paolo Maesano, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria n. 00539/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Pietro Neri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2020 il Cons. Umberto Maiello e uditi per le parti gli avvocati Massimo Luciani su delega dell'avvocato Antonio Saitta e Antonino Margani su delega dell'avvocato Pietro Siviglia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il mezzo in epigrafe l'Azienda appellante chiede la riforma, *in parte qua*, della sentenza dell'11 settembre 2018, n. 539 con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, ha disposto il parziale annullamento della deliberazione del direttore generale del G.O.M n. 699 del 29 dicembre 2017, di approvazione del bando di concorso pubblico, per titoli ed esami, per la copertura di n. 7 posti (di cui 3 riservati) ai sensi dell'art.1, comma 543, III periodo, della legge n. 208/2015 e dell'art. 20 del d.lgs n. 75/2017, di collaboratore professionale sanitario – infermiere a tempo indeterminato.

1.1. Gli odierni appellati, infermieri in servizio a tempo indeterminato presso varie Aziende Ospedaliere del territorio nazionale, sono tra i 167 candidati risultati idonei per effetto della graduatoria approvata dalla Azienda Ospedaliera Bianchi Melacrino Morelli di Reggio Calabria con delibera n.444 del 23.05.16 all'esito di una procedura per mobilità regionale ed interregionale tra Aziende ed Enti del comparto Sanità ed Intercompartimentale ai sensi dell'art.30 comma 2 bis del D. Lgvo n. 165/01 finalizzata alla copertura di 10 posti di collaboratore professionale sanitario-infermiere a tempo indeterminato.

2. Il giudice di prime cure ha, anzitutto, disposto una mirata istruttoria finalizzata a conoscere: a) la consistenza della dotazione organica dell'Azienda Ospedaliera sia al momento della approvazione della graduatoria del concorso per mobilità avvenuta con la delibera n.444/16 sopra citata che al momento dell'approvazione del bando indetto con delibera del direttore generale del G.O.M n.699 del 29 dicembre 2017; b) se i cinquanta posti da infermiere previsti dalla tabella 4 allegata alla DCA n.111 del 17 agosto 2017 fossero o meno posti di nuova istituzione c) le motivazioni per le quali l'Ospedale si era determinato allo scorrimento della graduatoria approvata con delibera n.444 del 23 maggio 2016 sino al n.49 degli idonei non vincitori.

All'esito, ha parzialmente accolto il ricorso annullando il provvedimento impugnato nella sola parte in cui si è stabilito "di indire un nuovo concorso per coprire i restanti quattro posti di infermiere a tempo indeterminato" non riservati al personale precario, riconoscendo invece legittima, per la valenza specializzante della relativa procedura, la scelta di riservare gli altri tre posti al personale in possesso dei requisiti per la "stabilizzazione" del rapporto di lavoro e compensando interamente tra le parti le spese di giudizio.

2.1. La statuizione di annullamento si fonda, dunque, quanto ai 4 posti non riservati, sulla omessa valorizzazione della graduatoria di mobilità ex articolo 30 comma 2 bis del d. lgs 165/2001, in cui erano utilmente inseriti gli odierni appellati e sulla affermata infondatezza delle eccezioni sollevate in rito dall'odierna appellante.

2.2. Il TAR ha evidenziato l'intrinseca contraddittorietà del complessivo comportamento dell'Ospedale all'uopo evidenziando che:

- poco prima di indire il concorso con Protocollo di Intesa siglato in data 29 agosto 2017 il Direttore Generale dell'Ospedale si era impegnato, nulla opponendo il Commissario *ad acta*, a dare attuazione al DCA n.111 del

10.08.17 nel senso di “*utilizzare fino al completo esaurimento, le graduatorie di mobilità esistenti per gli infermieri*”.

- non emergeva la ragione in base alla quale l’Ospedale non aveva poi dato seguito allo scorrimento della graduatoria oltre al candidato n.49, reclutato da ultimo con la delibera n.628 del 21.11.17, orientandosi, di lì a poco più di un mese, a procedere in senso opposto rispetto a quello concordato nel menzionato Protocollo;

3. A sostegno del proposto gravame l’Azienda appellante ha articolato i seguenti motivi di censura che:

A) involgono, anzitutto, i capi della decisione con cui sono state respinte le eccezioni di inammissibilità, come di seguito sintetizzati:

a1) sarebbe erronea la sentenza nella parte in cui non ha rilevato l’inammissibilità del ricorso a causa della mancata impugnazione del decreto del Commissario *ad acta* per l’attuazione del piano di rientro n. 111 del 10 agosto 2017, a mezzo del quale le Aziende del S.S.R. erano state autorizzate “all’assunzione/stabilizzazione delle unità di personale riportate nella tabella 4)”. In quest’ultima tabella erano stati previsti cinquanta nuovi posti da ricoprire mediante procedure di assunzione e di stabilizzazione.

Contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, secondo cui il suddetto atto sarebbe superato dal protocollo di intesa del 29.08.17 con cui le Aziende del SSR (ivi incluso l’Ospedale di Reggio Calabria) e il Commissario *ad acta*, in dichiarata attuazione della DCA n.111/17, si sono espressamente autovincolati (punto 2) ad «utilizzare, fino a completo esaurimento, le graduatorie di mobilità esistenti per gli infermieri», le graduatorie di mobilità si esauriscono immediatamente all’esito della procedura con la quale vengono formate;

a2) erroneità del capo della sentenza in cui ha respinto l’eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse fondata sul fatto che gli originari ricorrenti non avevano curato di dimostrare in concreto che avrebbero potuto beneficiare di un ipotetico scorrimento (risultando già

assunti gli altri idonei graduati in posizione poziore e non essendovi in ambito regionale altre graduatorie della medesima specialità vigenti);

a3) erroneità del capo della sentenza in cui ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse fondata sul fatto che gli originari ricorrenti non avevano dimostrato che le rispettive Amministrazioni di appartenenza avessero prestato il consenso al loro trasferimento per mobilità;

B) i capi della decisione con cui sono state respinte le eccezioni sull'insussistenza di un vincolo rinveniente dalla vecchia graduatoria:

b1) sarebbe irrilevante l'impegno di cui al protocollo di intesa sottoscritto il 29 agosto 2017 di «utilizzare fino al completo esaurimento le graduatorie di mobilità esistenti per gli infermieri» in quanto la graduatoria nella quale erano inseriti gli odierni appellati aveva esaurito i propri effetti a seguito della copertura, tramite mobilità, dei dieci posti per i quali era stata attivata la procedura stessa;

B2) i quattro posti oggetto della procedura concorsuale sarebbero quelli previsti nella nuova dotazione organica approvata con il DCA n. 111 del 10 agosto 2017, successivi al concorso espletato dagli originari ricorrenti e conclusosi con l'approvazione della graduatoria nel 2016.

3.1. Resiste in giudizio l'appellato Pietro Neri.

4. L'appello va respinto siccome infondato. Tanto dispensa il Collegio dalla disamina delle eccezioni sollevate in rito dagli appellati.

5. Vanno, preliminarmente, disattesi i motivi di gravame con cui l'Azienda appellante ripropone le eccezioni di inammissibilità del ricorso respinte dal TAR, le cui statuizioni riflettono un'ampia capacità di resistenza alle deduzioni difensive compendiate nei suddetti motivi.

5.1. Priva di pregio si rivela, anzitutto, la doglianza articolata avverso il capo della sentenza appellata che ha ritenuto non condivisibile l'eccezione di inammissibilità del ricorso incentrata sulla mancata impugnazione del decreto del Commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro n. 111

del 10 agosto 2017, a mezzo del quale le Aziende del S.S.R. erano state autorizzate “all’assunzione/stabilizzazione delle unità di personale riportate nella tabella 4)”. In quest’ultima tabella erano stati previsti cinquanta nuovi posti da ricoprire mediante procedure di assunzione e di stabilizzazione. Sul punto, il giudice di prime cure ha del tutto condivisibilmente opposto che tale atto di programmazione è stato poi superato dal protocollo di intesa del 29.08.17 con cui le Aziende del SSR (ivi incluso l’Ospedale di Reggio Calabria) e il Commissario *ad acta*, in dichiarata attuazione della DCA n.111/17, si sono espressamente autovincolati (punto 2) ad “utilizzare, fino a completo esaurimento, le graduatorie di mobilità esistenti per gli infermieri”.

E’, invero, di tutta evidenza come nella sequenza cronologica degli atti di programmazione assunti l’ultimo provvedimento adottato, e cioè il protocollo d’intesa, regga la volontà ultima dell’Ente circa le modalità di copertura del rilevato fabbisogno di personale, segnando una obiettiva priorità in favore dell’opzione dello scorrimento delle graduatorie di mobilità rispetto all’alternativa soluzione concorsuale, con la conseguenza che nessun interesse avevano gli odierni appellati ad attrarre nel fuoco della contestazione il DCA n. 111 del 10 agosto 2017 i cui effetti pregiudizievoli, quanto ai profili qui in rilievo, erano stati oramai neutralizzati dalla successiva statuizione che, viceversa, conformava in termini favorevoli agli appellati le modalità di reclutamento del personale infermieristico.

5.2. Del pari, prive di pregio si rivelano le ulteriori doglianze con cui l’appellante lamenta l’erroneità del capo della sentenza che ha respinto l’eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, eccezione fondata sul fatto che gli originari ricorrenti non avevano curato di dimostrare in concreto che avrebbero potuto utilmente beneficiare di un ipotetico scorrimento.

Di contro, anche rispetto a tale distinta eccezione coglie nel segno l’obiezione sollevata dal giudice di prime cure nella parte in cui rileva che

gli atti impugnati impedendo lo scorrimento della graduatoria di mobilità vanificano, di per se stessi, la *chance* dei ricorrenti di essere assunti, indipendentemente dall'immediato conseguimento del bene della vita. E', infatti, di immediata percezione come coloro che non conseguissero già in questa prima tornata l'utilità dell'assunzione, comunque, migliorerebbero la loro collocazione nella graduatoria stessa, rendendo così più probabile e prossima la loro assunzione. E ciò sia in considerazione di possibili rinunce da parte dei soggetti graduati in posizione di poziore sia dell'impegno assunto dall'Ente di *“utilizzare fino al completo esaurimento, le graduatorie di mobilità esistenti per gli infermieri”*.

5.3. Né, peraltro, può ritenersi condivisibile la prospettata inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio questa volta agganciata al fatto che gli originari ricorrenti non avevano dimostrato che le rispettive Amministrazioni di appartenenza avessero prestato consenso al loro trasferimento per mobilità.

Anche a tal riguardo il TAR ha fatto buon governo dei principi predicabili *in subiecta materia*, evidenziando che tale adempimento condiziona l'effettivo trasferimento per mobilità degli infermieri e non la possibile *“chiamata”* finalizzata alla loro assunzione.

6. Quanto al merito, il nodo pregiudiziale da sciogliere involge il quesito di fondo se una pregressa graduatoria formatasi all'esito delle procedure di mobilità ex articolo 30 comma 2 bis del d. lgs 165/2001 possa, nel tempo, ed oltre il numero di posti per cui risultava bandita, condizionare l'attivazione di procedure di reclutamento mediante concorso.

6.1. Rileva il Collegio che l'opzione ermeneutica privilegiata dall'appellante è indubbiamente contraddistinta, in astratto, da plausibilità logica nella parte in cui rileva che le procedure di mobilità si attivano e si esauriscono *uno actu*, tanto più che non risulta espressamente previsto, in questi specifici casi, un termine di efficacia (la validità triennale è espressamente prevista dall'art. 35, comma 5 ter, D.Lgs. n. 165/2001 con

riferimento alle graduatorie dei concorsi. Negli stessi termini cfr. articolo 91 comma 4 del d. lgs 267/2000).

Oltretutto, nei termini suesposti si è già espresso questo Consiglio di Stato allorchè ha evidenziato che “le previsioni di cui all’art. 34 bis citato nello strutturare il procedimento di mobilità non permettono la formazione di sorta di graduatorie sul modello di quelle concorsuali, per cui esse non possono essere considerate efficaci negli anni seguenti al pari di queste ultime, ma si esauriscono al momento delle specifiche assunzioni cui sono finalizzate” (cfr. CdS Sez. V, 6 novembre 2015, n. 5078).

6.2. Ciò nondimeno, non può essere qui obliterato il diverso assetto organizzativo privilegiato dall’Amministrazione nell’esercizio delle proprie prerogative discrezionali.

Ed, invero, costituisce momento qualificante delle scelte di fondo a tal riguardo operate dall’Ente appellante il Protocollo di Intesa siglato in data 29 agosto 2017 con cui il Direttore Generale dell’Ospedale si è impegnato, nulla opponendo il Commissario *ad acta*, a dare attuazione al DCA n.111 del 10.08.17 nel senso di “utilizzare fino al completo esaurimento, le graduatorie di mobilità esistenti per gli infermieri”.

E’, invero, innegabile – come giustamente rilevato dal TAR – la valenza conformativa del suddetto arresto decisorio che, nell’attuare il programma di assunzioni deliberato con il suindicato provvedimento commissariale, ha decisamente orientato l’azione di reclutamento ponendo quale privilegiata modalità di assunzione il criterio della mobilità, poi inspiegabilmente disapplicato con gli atti impugnati.

6.3. E’, dunque, di tutta evidenza come l’efficacia delle suindicate graduatorie si sia *medio tempore* riespansa proprio in virtù del richiamato autovincolo, di talchè la cornice giuridica di riferimento all’interno della quale si collocano le successive determinazioni dell’Ente contemplava anche l’opzione di avvalersi di una graduatoria da ritenersi, per le ragioni appena esposte, ancora efficace.

Peraltro, una volta confermata nella sua efficacia, tale opzione s'imponeva, in mancanza di elementi di segno contrario, in ragione del particolare *favor* che assiste le procedure di mobilità atteso il fatto che consente di acquisire personale già formato, l'immediata operatività delle scelte, l'assorbimento di eventuale personale eccedentario ed i risparmi di spesa conseguenti a tutte le ricordate situazioni (cfr. CdS, Sezione Terza 5231 del 13.12.2016; Cons. St., sez. III, 5 giugno 2012, n.3308 nonché, in sede consultiva, il parere del Cons. St., sez. I, 7 novembre 2012, n. 5217).

6.4. Né tale assunto può trovare valida smentita in ragione della successiva nota correttiva della struttura commissariale sopraggiunta alla notifica del ricorso in data 21 febbraio 2018 con cui l'Ospedale precisa, a posteriori, che le procedure di mobilità (e quindi anche lo scorrimento da graduatorie di mobilità) *“si attivano una volta soltanto e non per i posti successivamente autorizzati”*.

6.5. La valenza interpretativa di siffatta nota trova, invero, recisa smentita anzitutto nello stesso chiaro valore semantico della formula d'impegno recepita nel protocollo d'intesa in cui, senza alcuna riserva di sorta, l'Amministrazione ha dichiarato di voler *“utilizzare fino al completo esaurimento, le graduatorie di mobilità esistenti per gli infermieri”*.

6.6. Peraltro, e sotto diverso profilo, l'ampia ed incondizionata efficacia assegnata alla graduatoria *de qua* trova chiara conferma anche nella stessa successiva e reiterata azione posta in essere dall'Amministrazione che, in coerenza con il suindicato assunto esegetico, ha dato ripetutamente corso allo scorrimento della graduatoria mobilità in argomento attingendo da essa (sebbene approvata nel 2016) fino a qualche mese prima.

Resta, dunque, priva di plausibile spiegazione – se non interpretandola come un sostanziale ripensamento, giammai formalizzato e motivato né tantomeno confluito in un atto di autotutela – la condotta dell'Ospedale che ha dato ripetutamente seguito allo scorrimento della graduatoria fino al candidato n.49, reclutato da ultimo con la delibera n.628 del 21.11.17,

salvo poi, di lì a poco, procedere in senso diametralmente opposto, sconfessando in via di fatto, ed operando al di fuori della possibilità di interventi in autotutela, rispetto a tale opzione organizzativa fino a quel momento univocamente coltivata e resa esplicita quale condivisa *regula iuris* nel menzionato Protocollo.

6.7. Né trovano conferma negli atti di causa le qui ribadite affermazioni censoree secondo cui i posti messi a concorso sono di nuova istituzione con conseguente preclusione allo scorrimento della graduatoria nel frattempo già formata.

Sul punto, il giudice di prime cure ha svolto una mirata istruttoria ed ha valorizzato con ampia motivazione le relative risultanze che comprovano l'assunto secondo cui i posti messi a concorso erano già previsti nella dotazione organica dell'Ente, successivamente anzi corretta in diminuzione, ed erano rimasti "scoperti" per non mettere a repentaglio superiori esigenze di contenimento della spesa pubblica.

In altri termini, alcun incremento di posti si registra tra il momento della approvazione della graduatoria del concorso per mobilità avvenuta con la delibera sopra citata e il momento dell'approvazione del bando indetto con delibera del Direttore Generale del G.O.M n.699 del 29 dicembre 2017, essendo medio tempore intervenuti solo provvedimenti di autorizzazione alla relativa copertura.

Conclusivamente, l'appello è infondato e, pertanto, va respinto.

Sussistono giusti motivi, in considerazione della novità delle questioni scrutinate, per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2020

con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Umberto Maiello

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO