Pubblicato il 06/12/2018

**N. 00686/2018 REG.PROV.COLL.**

**N. 00057/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 57 del 2018, proposto da L. F., rappresentato e difeso dall'avvocato G. P., domiciliato come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Azienda Sanitaria Regionale del Molise (ASReM), in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dall’avv. M. P., con domicilio eletto in Campobasso, via Pietrunti n. 20,

***nei confronti***

V. A., controinteressato e ricorrente incidentale, rappresentato e difeso dall'avvocato S. G., con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;
S. M., controinteressata, non costituitasi in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione cautelare*

dei seguenti atti: 1) il provvedimento n. 108 del 27.11.2017 e pubblicato sull'albo *on-line*della ASReM, a firma del Dirigente dell'U.O.C. Coordinamento attività di Medicina di Base Sovradistrettuale ed avente a oggetto “*Annullamento provvedimento n. 103 del 27.11.2017”*;

2) il provvedimento n. 100 del 20.11.2017 e pubblicato sull'albo *on-line* dell'ASReM, a firma del Dirigente dell'U.O.C. Coordinamento attività di Medicina di base sovra-distrettuale, avente a oggetto:*“Approvazione graduatoria aziendale della medicina dei servizi per l'attività assistenziale negli istituti penitenziari del Molise*”; 3) l'allegata graduatoria relativa ai Medici disponibili a svolgere la propria attività assistenziale presso gli Istituti penitenziari; 4) il provvedimento n. 109 del 29.11.2017 e pubblicato sull'albo*on-line*dell'ASReM, a firma del Dirigente dell'U.O.C. Coordinamento attività di Medicina di base sovra-distrettuale, avente a oggetto: “*Conferimento incarichi a tempo determinato nella medicina dei servizi- Servizi penitenziari*”, nella parte in cui assegna l'incarico per 24 h/settimanali presso la Casa circondariale di Campobasso al Dott. A. V., anziché al ricorrente dott. L., a cui invece viene assegnato l'incarico a 12h/settimanali presso la stessa sede; 5) tutti gli eventuali verbali della Commissione valutatrice ed in particolare quello relativo alla stesura della graduatoria; 6) ogni ulteriore atto presupposto, conseguenziale e/o comunque connesso; nonché per l'annullamento e/o dichiarazione di inefficacia del contratto pubblico di conferimento dell'incarico per 24 h/settimanali stipulato con il controinteressato e per la condanna al risarcimento dei danni in forma specifica ovvero per equivalente di quelli subiti e*subendi*dal ricorrente, in ragione della illegittimità degli atti impugnati e del comportamento gravemente negligente dell'Amministrazione;

Visti il ricorso e i relativi allegati, nonché le due memorie del ricorrente;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Azienda Sanitaria Regionale Molise, nonché la costituzione, la memoria difensiva e il ricorso incidentale del controinteressato V. A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2018, il dott. O. C. e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I - Con provvedimento del Direttore Generale dell’ASReM n. 1165 del 24 ottobre 2017, veniva indetto un “*Avviso per la formazione di una Graduatoria Aziendale – Medicina dei Servizi – per medici disponibili allo svolgimento di attività assistenziale negli Istituti penitenziari del Molise*”, con “*priorità di interpello ai medici già operanti presso gli Istituti penitenziari*” e possibilità di rinnovo dell’incarico. La procedura prevedeva i seguenti criteri selettivi: “*Il seguente Avviso è rivolto ai: 1. Medici già operanti presso gli Istituti penitenziari che saranno graduati secondo l’anzianità di servizio prestato negli Istituti penitenziari; in caso di parità nell’anzianità di servizio si applicano i criteri dell’art. 16, c. 5, A.C.N. (minore età – voto di laurea – anzianità di laurea); 2. in caso di indisponibilità di cui al precedente punto, anche ai Medici che non hanno i requisiti di cui al punto 1, che saranno graduati secondo i seguenti criteri: a) Medici inseriti nella graduatoria regionale vigente della medicina generale con priorità per i medici residenti nell’azienda; b) in caso di indisponibilità di medici di cui alla lettera a), con priorità per i residenti nel territorio dell’Azienda, ai medici non inseriti in detta graduatoria, che abbiano acquisito l’attestato di formazione specifica in medicina generale successivamente alla data di scadenza alla presentazione della domanda di inclusione nella graduatoria stessa; c) in caso di ulteriore indisponibilità dei medici di cui alla lettera a) e b), con priorità per i residenti nel territorio dell’Azienda, a coloro che abbiano acquisito l’abilitazione professionale successivamente alla data del 31/12/94 e che sono in possesso dell’attestato di formazione specifica di medicina generale o che non siano iscritti alle scuole di specializzazione o al corso di formazione in medicina generale*”. Presso la sede di Campobasso venivano previsti i seguenti incarichi: n. 1 incarico per 24 ore/settimana (medico responsabile); n. 2 incarichi per 24 ore/settimana; n. 2 incarichi per 12 ore/settimana. Ciò posto, il ricorrente – unitamente ad altri 54 suoi colleghi medici - proponeva domanda di partecipazione e, con provvedimento n. 100 del 20.11.2017 pubblicato all’albo pretorio *on-line* del sito dell’ASReM, il dirigente dell’U.O.C. Coordinamento attività medicina di base approvava la graduatoria aziendale collocando il ricorrente in tredicesima posizione ed il controinteressato dott. A. V. in settima posizione. Ritenendo che il dott. V. non fosse un medico “*già operante*” (come richiesto primariamente dall’Avviso pubblico) negli Istituti penitenziari, poiché al momento della selezione egli non stava operando in alcun istituto penitenziario (avendo cessato la propria attività in data 30.04.2016), il ricorrente lo segnalava all’Amministrazione che - con provvedimento n. 103 del 27.11.2017 - dichiarando testualmente che “*si è verificato un errore materiale nella stesura della graduatoria relativa alla precedenza dei medici già operanti presso gli Istituti penitenziari*” - disponeva la rettifica del provvedimento n. 100 del 20.11.2017 e riformulava una nuova graduatoria nella quale il Dott. V. era ricollocato nella quindicesima posizione e, per l’effetto, il ricorrente risaliva alla dodicesima. Lo stesso giorno, a distanza di poche ore dalla pubblicazione del predetto provvedimento di autotutela, l’ASReM emanava una nuova determinazione (n. 108 del 27.11.2017) a firma del Dirigente U.O.C. Coordinamento attività medicina di base, con la quale – “*ritenuto di dover annullare il suddetto provvedimento in quanto adottato per mero errore tecnico-informatico*” – disponeva di annullare il provvedimento n. 103 del 27.11.2017 e di ristabilire l’efficacia dell’originaria graduatoria del 20.11.2017.

Insorge il ricorrente dinanzi a questo T.a.r., con ricorso notificato il 29.1.2018 e depositato il 13.2.2018, per impugnare gli atti e provvedimenti indicati in epigrafe. Chiede, altresì, l'annullamento e/o la dichiarazione di inefficacia del contratto pubblico di conferimento dell'incarico per 24 h/settimanali stipulato dall’ASReM con il controinteressato, nonché la condanna dell’ASReM al risarcimento, in forma specifica ovvero per equivalente, dei danni subiti e*subendi*dal ricorrente, in ragione dell’illegittimità degli atti impugnati e del comportamento della Amministrazione. Deduce i seguenti motivi di diritto: 1) manifesta illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà delle valutazioni della commissione in ordine alla “*priorità d’interpello ai medici già operanti presso gli Istituti penitenziari*” di cui al Bando, violazione e falsa applicazione delle norme selettive previste dall’avviso pubblico di cui al provvedimento del Direttore Generale n. 1165 del 24.10.2017, violazione della*par condicio* dei partecipanti, illegittimità degli atti impugnati per mancata esclusione (e/o errato posizionamento) del controinteressato nella graduatoria, eccesso di potere per manifesto travisamento dei fatti; 2) violazione e falsa applicazione dell’articolo 3 della legge n. 241/1990 per mancata/insufficiente motivazione del provvedimento n. 108 del 27.11.2017, annullabilità dei provvedimenti per mancata comunicazione di avvio del procedimento *ex*art. 7 della legge n. 241/1990; 3) richiesta di risarcimento danni.

Con due successive memorie, il ricorrente ribadisce e precisa le proprie deduzioni e conclusioni, affermando la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nella causa.

Si costituisce la ASReM, per resistere nel giudizio. Eccepisce in via preliminare il difetto di giurisdizione.

Si costituisce il controinteressato V. A., il quale eccepisce il difetto di giurisdizione e chiede la reiezione del gravame, perché inammissibile e infondato. Con ricorso incidentale del 3.3.2018, il medesimo impugna il provvedimento ASReM n. 103/2017, per omessa comunicazione di avvio del procedimento e omessa motivazione.

In data 7.3.2018, il ricorrente principale rinuncia all’istanza cautelare.

All’udienza pubblica del 21 novembre 2018, il ricorso è spedito in decisione.

II – Sussiste il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, rientrando la controversia in esame tra quelle relative all'instaurazione di un rapporto di lavoro di tipo convenzionale con una pubblica Amministrazione, devoluta alla cognizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro.

Invero, in via generale, relativamente alla formazione e gestione delle graduatorie per la disponibilità alla copertura di incarichi provvisori di medicina generale o di medicina dei servizi, tesi a garantire la continuità assistenziale (nella fattispecie presso gli Istituti penitenziari), si è in presenza di atti i quali esulano da quelli compresi nelle procedure concorsuali, intese *strictu sensu*, per l'assunzione di dipendenti delle pubbliche Amministrazioni (in relazione alla quale possa applicarsi la previsione residuale della giurisdizione del giudice amministrativo di cui all'art. 63, comma 4, del D.Lgs. n. 165/2001), essendo pacifico che il rapporto coi medici convenzionati, regolato da Accordi collettivi, esula dal pubblico impiego per difetto del requisito del vincolo di subordinazione e rientra nell'ambito della prestazione d'opera professionale svolta con carattere di para-subordinazione.

In giurisprudenza, si è anche chiarito che gli atti di gestione delle graduatorie *in subjecta materia* non implicano l’esercizio di alcuna potestà autoritativa e si sostanziano in una attività paritetica, vincolata alla sussistenza di determinati requisiti prestabiliti, senza alcuna valutazione comparativa di carattere discrezionale, di fronte alla quale sono configurabili soltanto diritti soggettivi (cfr.: Consiglio Stato, sez. V, 14.4.2008, n. 1685; T.A.R. Umbria, sez. I, 11.6.2012; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 12.3.2013, n. 2590; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 13.1.2017, n. 24; T.A.R. Liguria, sez. II, 2.2.2017, n. 72; Cassazione civile, sez. un., 25.5.1998, n. 5202, e ord. 18.2.2004, n. 3231; relativamente agli atti di gestione delle graduatorie permanenti definitive del personale della scuola, strutturalmente e funzionalmente molto simili alla graduatoria in esame, si può consultare Cassazione, SS.UU., ord. 23.7.2014, n. 16756).

L'assenza della spendita di poteri di stampo autoritativo è confermata in concreto, laddove il ricorrente faccia valere – come nel caso di specie - una posizione giuridica di diritto soggettivo, essendo esclusi profili di discrezionalità nell’attività amministrativa in argomento, limitata alla sola verifica dei requisiti per l’inserimento nella graduatoria prodromica alla conseguente costituzione del rapporto convenzionale.

Non costituisce apprezzamento discrezionale – tale da radicare la giurisdizione del giudice amministrativo - l’attività ermeneutica e/o esegetica svolta dall’Amministrazione nell’applicare le disposizioni dell’Avviso pubblico in argomento, allorché con riguardo alla “*priorità d’interpello ai medici già operanti presso gli Istituti penitenziari*”, interpreta il participio presente “*operanti*” nel senso equivalente alla locuzione “*che hanno operato*” anziché nel senso della locuzione “*che stanno operando*”.

In definitiva, la posizione soggettiva azionata nel giudizio si configura in termini di diritto soggettivo, ivi compreso il diritto al risarcimento del danno patito per il mancato o ritardato conferimento dell’incarico (cfr.: Cass. civile, sez. un., 17.7.2018 n. 21599; idem 2.4.2007, n. 8087; Corte di Appello di Reggio Calabria, sez. lav., 17.7.2017, n. 693), con conseguente devoluzione dell’intera controversia alla cognizione del giudice ordinario (cfr.: T.A.R. Campania Napoli V, 8.11.2018 n. 6707).

V - Ne consegue che il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto la cognizione della controversia dedotta in giudizio deve ritenersi devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, precisandosi che, in applicazione dell'art. 11, comma 2, c.p.a., il giudizio potrà essere riassunto davanti al giudice ordinario territorialmente competente entro il termine perentorio di tre mesi, decorrente dal passaggio in giudicato della presente sentenza, con conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

VI - In relazione alla natura della controversia e del tipo di pronuncia resa nonché delle oscillazioni della giurisprudenza sulla questione esaminata, il Collegio ravvisa eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara il difetto di giurisdizione e indica nell’A.G.O. il giudice munito di giurisdizione, dinanzi al quale la causa potrà essere riassunta*ex* art. 11 c.p.a., ai fini della *traslatio judicii*.

Compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Campobasso, nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2018, con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Orazio Ciliberti, Consigliere, Estensore

Rita Luce, Primo Referendario

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
| **Orazio Ciliberti** |  | **Silvio Ignazio Silvestri** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

IL SEGRETARIO