Questioni attuali in tema di personale operante in ambito sanitario (concorsi, scorrimento della graduatorie, impugnative, etc.) e di conferimento degli incarichi di responsabilità di struttura e di natura professionale.

L'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (Testo unico sul pubblico impiego), disciplinando il riparto della giurisdizione in materia di controversie relative ai rapporti di lavoro, devolve al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro pubblico contrattualizzato, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale. La cognizione del giudice ordinario si estende anche agli atti amministrativi presupposti, per i quali al giudice (ordinario) è attribuito il potere di disapplicarli, cioè privarli di effetto per il caso concreto, quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione.
Tuttavia, costituisce ius receptum nella giurisprudenza amministrativa il principio secondo il quale gli atti di macro-organizzazione delle Pubbliche amministrazioni rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto nell'emanazione di atti organizzativi di carattere generale viene esercitato un potere di natura autoritativa e non gestionale; rispetto a tale categoria di atti non trova quindi applicazione la riserva di giurisdizione del giudice ordinario, di cui all'art. 63, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.
Il principio sopra richiamato non trova applicazione per gli atti di macro – organizzazione delle Amministrazioni del settore sanitario. L'art. 3 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, stabilisce che le Unità sanitarie locali, cui sono succedute con analoga disciplina le Aziende sanitarie locali, si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e "autonomia imprenditoriale".
La peculiarità del loro regime organizzativo risiede nel fatto che la loro organizzazione e il loro funzionamento sono disciplinati non con provvedimenti aventi natura pubblicistica, ma con atti aziendali che il legislatore qualifica espressamente come "di diritto privato". In particolare, il direttore generale emana l'Atto aziendale di organizzazione, è responsabile della gestione complessiva e nomina i responsabili delle strutture operative dell'azienda.
Secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, gli atti di macro-organizzazione delle Aziende sanitarie, ancorché non finalizzati ad attività di lucro, ma allo svolgimento di un servizio pubblico, sono sottratti alla cognizione del giudice amministrativo, in quanto adottati con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 8 gennaio 2018 n. 79; 10 ottobre 2016 n. 4172; n. 1631/2016, n. 3815/2015; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 15304/2014, n. 17783/2013; n. 2031/2008).
La natura privatistica dell'Atto aziendale ha assunto una particolare rilevanza anche con riguardo alla determinazione del riparto di giurisdizione in materia di conferimento in ambito sanitario degli incarichi di direzione di struttura complessa (c.d. primariato).
Fino al 13 settembre 2012, il procedimento per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa era disciplinato dall'art. 15 – ter, comma 2, del d.lgs. n. 502/1992, che attribuiva al direttore generale il poter di conferire il relativo incarico, previo avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, sulla base di una rosa di candidati idonei, selezionata da una apposita Commissione, composta dal direttore sanitario, con funzioni di Presidente, e da due dirigenti dei ruoli del personale del Servizio sanitario nazionale.
Il procedimento de quo è stato modificato in maniera significativa e reso più articolato dal decreto legge 13 settembre 2012 n. 158 (c.d. decreto Balduzzi), convertito dalla legge 8 novembre 2012 n. 189, che ha inserito nell'art. 15 del d.lgs. n. 502/1992 il comma 7 - bis.
Anzitutto, significative novità sono state introdotte con riguardo alla composizione della Commissione deputata alla selezione: essa è composta dal direttore sanitario dell'Azienda interessata (che non assume necessariamente le funzioni di Presidente) e da tre direttori di struttura complessa nella medesima disciplina dell'incarico da conferire, individuati tramite sorteggio da un elenco

nazionale nominativo costituito dall'insieme degli elenchi regionali dei direttori di struttura complessa appartenenti ai ruoli regionali del Servizio sanitario nazionale.
In secondo luogo, la Commissione, tenendo conto del profilo del dirigente da incaricare, è tenuta ad effettuare una valutazione comparativa dei candidati, sulla base dei curricula, dei titoli professionali posseduti e dell'esito del colloquio e a predisporre una terna di candidati idonei tra quelli che hanno conseguito il miglior punteggio da sottoporre al direttore generale.
Di particolare rilievo è anche la previsione normativa dell'obbligo del direttore generale di motivare analiticamente la scelta nel caso in cui decida di incaricare, nell'ambito della terna, uno dei candidati che non ha ricevuto il migliore punteggio.
Con riguardo ai criteri di riparto della giurisdizione, di cui all'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, una parte della giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che, qualora la selezione sia avvenuta attraverso la valutazione comparativa dei titoli, con attribuzione di punteggi e la formazione di una graduatoria finale di merito, ci si troverebbe in presenza di una attività amministrativa di natura concorsuale, con la conseguenza che le relative controversie sarebbero devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, per effetto di quanto disposto dall'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001 (cfr. T.a.r. Lazio, sez. III – quater, 30 novembre 2016, nn. 11991 e 11992; Consiglio di Stato, sez. III, 12 settembre 2014 n. 4658; 5 luglio 2013 n. 3578).
Questo orientamento giurisprudenziale ha evidenziato che la c.d. riforma Balduzzi ha ulteriormente rafforzato la natura concorsuale della procedura per l'affidamento degli incarichi di direzione di struttura complessa, sulla base dei seguenti elementi:

a) Nomina di tre componenti della Commissione attraverso il sorteggio da un elenco nazionale dei nominativi dei direttori di struttura complessa;
b) Valutazione comparativa dei candidati, sulla base dei titoli professionali, dei curricula e del colloquio individuale;
c) Attribuzione di punteggi sulla base di criteri generalmente individuati in via preventiva dalla Commissione e conseguente formazione di una graduatoria di merito;
d) Previsione normativa dell'obbligo del direttore generale di motivare adeguatamente la propria scelta, qualora nell'ambito della terna predisposta dalla Commissione decida di conferire l'incarico di direzione di struttura complessa a candidato diverso da quello cui è stato attribuito il migliore punteggio.

È stato, altresì, evidenziato che la procedura individuata dal legislatore per il conferimento di incarichi di direzione di struttura complessa sembra configurarsi come una sorta di fattispecie a formazione progressiva, articolata in due fasi: la prima, costituita dalla attività valutativa svolta dalla Commissione, connotata dall'esercizio di poteri di natura prettamente pubblicistica; la seconda, costituita dalla individuazione da parte del direttore generale del soggetto da incaricare, connotata dall'esercizio di poteri latamente fiduciari (intuitu personae), mitigati dall'obbligo di puntuale motivazione nei termini sopra indicati (T.a.r. Lazio, sez. III –quater, 12 aprile 2018 n. 4034).
Sul criterio di riparto della giurisdizione in subiecta materia si registra un recente intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che, con sentenza 17 febbraio 2017 n. 4227, ha ribadito, pur dopo le modifiche introdotte dalla c.d. riforma Balduzzi, la permanenza della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative al conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa. A fondamento delle conclusioni cui è pervenuta, la Suprema Corte ha formulato le seguenti argomentazioni:

- l'art. 15 - ter del d.lgs. n. 502/1992 e s.m.i. non prevede lo svolgimento di prove selettive, ma la scelta di carattere essenzialmente fiduciario da parte del direttore generale della A.s.l. sulla base di un elenco di soggetti ritenuti idonei da un'apposita Commissione in relazione ai requisiti professionali e alle capacità manageriali;
- le modifiche introdotte dal decreto legge n. 158/2012 non hanno nella sostanza modificato la procedura per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa, connotandola in termini di procedura concorsuale;

- in relazione alla natura privatistica della loro organizzazione, gli atti adottati dalle Aziende sanitarie locali in materia di gestione del personale sono da considerare come atti adottati con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, con la conseguenza che la relativa cognizione deve ritenersi devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro.

Le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Cassazione in materia di riparto della giurisdizione sono state condivise anche dalla successiva giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. III, 10 luglio 2018 n. 4217; 23 ottobre 2017 n. 4879; T.a.r. Lazio, sez. III –quater, 12 aprile 2018 n. 4034).
Recentemente il T.a.r. Lazio è stato chiamato ad occuparsi di una serie di questioni relative alla istituzione dell'elenco nazionale dei soggetti idonei alle funzioni di direttore generale delle Aziende sanitarie locali.
Il decreto legislativo 4 agosto 2016 n. 171, approvato in attuazione della delega di cui all'art. 11, comma 1, lett. p), della legge 7 agosto 2015 n. 124, innovando la precedente disciplina, ha modificato infatti il sistema di nomina dei direttori generali delle Aziende sanitarie locali, delle Aziende ospedaliere e degli altri Enti del Servizio sanitario nazionale, prevedendo, all'art. 1, commi 1 e 2, l'istituzione di un elenco nazionale dei soggetti idonei alla nomina di direttore generale, da aggiornarsi con cadenza biennale.
Nel contenzioso promosso dai candidati esclusi dall'elenco nazionale, il T.a.r. Lazio ha ritenuto implicitamente la sussistenza della propria giurisdizione, tenendo conto del fatto che l'accesso all'elenco nazionale presuppone una selezione per titoli, rispetto alla quale la posizione giuridica soggettiva dei soggetti che hanno presentato domanda di iscrizione ha natura e consistenza di interesse legittimo (l'art. 1, comma 4, del d.lgs. 171/2016 stabilisce che l'iscrizione nell'elenco è subordinata ad una selezione per accedere alla quale è necessario essere in possesso di determinati requisiti: a) diploma di laurea di cui all'ordinamento previgente al decreto ministeriale 3 novembre 1999, n. 509, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 4 gennaio 2000, n. 2, ovvero laurea specialistica o magistrale; b) comprovata esperienza dirigenziale, almeno quinquennale, nel settore sanitario o settennale in altri settori, con autonomia gestionale e diretta responsabilità delle risorse umane, tecniche e o finanziarie, maturata nel settore pubblico o nel settore privato; c) attestato rilasciato all'esito del corso di formazione in materia di sanità pubblica e di organizzazione e gestione sanitaria organizzato dalle regioni, avvalendosi anche dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, e in collaborazione con le università o altri soggetti pubblici o privati accreditati ai sensi dell'articolo 16-ter, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e s.m.i.; in fase di prima applicazione, il legislatore ha fatto salvi gli attestati di formazione conseguiti alla data di entrata in vigore del decreto, ai sensi delle disposizioni previgenti e, in particolare dell'articolo 3-bis, comma 4, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni).
Il procedimento di nomina dei direttori generali delle Aziende sanitarie locali è ora disciplinato dall'art. 2 del d.lgs. n. 171/2016, che prevede:

- la pubblicazione di un avviso al fine di individuare i soggetti interessati al conferimento dell'incarico nell'ambito degli iscritti nell'elenco nazionale;
- la nomina di una Commissione di esperti da parte della Regione;
- la predisposizione di una rosa di candidati nell'ambito della quale il Presidente della Regione individua quello che presenta i requisiti maggiormente coerenti con l'incarico da attribuire;
- in caso di decadenza del soggetto incaricato o di mancata conferma, è consentito l'utilizzo degli altri nominativi inseriti nella rosa dei candidati, purché questi risultino ancora iscritti nell'elenco nazionale.

In ragione del fatto che la nuova disciplina legislativa ha solo recentemente trovato attuazione, attraverso l'istituzione dell'elenco nazionale, non risulta essere stata ancora affrontata dalla giurisprudenza la questione relativa alla qualificazione del potere di scelta attribuito al Presidente della Regione e, conseguentemente, alla connessa individuazione del giudice munito di giurisdizione.

Il T.a.r. Lazio si è recentemente occupato anche della questione relativa all'applicazione delle norme di cui al d.lgs. n. 171/2016 (relative alla nomina dei direttori generali) nei confronti degli Istituti zooprofilattici sperimentali.
A tale riguardo, nel contenzioso instaurato davanti al T.a.r. Lazio, la parte ricorrente sosteneva che nei confronti dei predetti Istituti trovassero applicazione esclusiva il Capo II del d.lgs. 106/2012, rubricato "Riordino degli Istituti zooprofilattici sperimentali" (artt. 9 e ss.) e segnatamente l'art. 11, comma 6, d.lgs. 106/2012 a norma del quale: "Il direttore generale è scelto tra persone munite di diploma di laurea magistrale o equivalente, di comprovata esperienza nell'ambito della sanità pubblica veterinaria nazionale e internazionale e della sicurezza degli alimenti". In ragione della sua specialità, a giudizio del ricorrente, la normativa relativa agli Istituti zooprofilattici sperimentali non avrebbe potuto essere derogata dalla disciplina legislativa sopravvenuta.
Il T.a.r. Lazio (sez. III - quater, 18 dicembre 2018 n. 12281) ha disatteso la tesi del ricorrente evidenziando quanto segue:

- non può essere fondatamente contestato che le nuove disposizioni normative trovano applicazione anche nei confronti degli Istituti zooprofilattici sperimentali, in quanto questi ultimi rientrano nel novero degli "altri enti del Servizio sanitario nazionale", cui fa riferimento l'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 171/2016;
- il d.lgs. n. 106/2012, con il quale si è proceduto al riordino dell'ordinamento degli Istituti zooprofilattici sperimentali, all'art. 11, comma 9, estende ai direttori generali dei predetti Istituti l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 3 e 3 – bis del d.lgs. n. 502/1992 (peraltro, in continuità con quanto previsto dall'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 270/1993);
- le norme legislative invocate dalla parte ricorrente non si pongono necessariamente in rapporto di conflitto con quelle di cui al d.lgs. n. 171/2016, potendo la relativa disciplina essere interpretata secondo i canoni della esegesi sistematica;
- non vi sono elementi giuridici per concludere che, ai fini della nomina dei direttori generali degli Istituti zooprofilattici sperimentali, sia sufficiente il mero requisito della iscrizione all'elenco di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 171/2016, dovendo piuttosto ritenersi che, in relazione alla peculiarità funzionale dei predetti Istituti, con detto requisito debbano concorrere anche gli altri requisiti previsti dall'ordinamento giuridico (id est, la "comprovata esperienza nell'ambito della sanità pubblica veterinaria nazionale e internazionale e della sicurezza degli alimenti", cui fa espresso riferimento l'art. 11, comma 6, del d.lgs. n. 106/2012).

Passando all'esame della problematica relativa allo scorrimento delle graduatorie concorsuali, si deve rilevare che anche nell'ambito sanitario trova applicazione il principio ormai pacifico della preferenza accordata allo scorrimento delle graduatorie concorsuali ancora valide ed efficaci, in luogo della indizione di un nuovo concorso (principio definitivamente sancito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella ben nota sentenza n. 14/2011).
Recentemente, il Supremo Consesso Amministrativo proprio in ambito sanitario ha avuto modo di ribadire che l'enunciato principio del ricorso preferenziale allo scorrimento delle graduatorie concorsuali valide ed efficaci (in luogo della indizione di nuovo concorso) non trova applicazione per i posti di nuova istituzione, ossia per la copertura dei posti istituiti o modificati dopo l'indizione del concorso (Consiglio di Stato, sez. IV, 30 agosto 2018 n. 5089).
Una questione di significativo interesse di recente esaminata dalla giurisprudenza amministrativa è poi quella relativa alla applicabilità agli Enti del servizio sanitario delle Regioni non sottoposte al Piano di rientro dell'istituto della proroga delle graduatorie concorsuali, ai fini dello scorrimento di queste ultime.
Si è affermato infatti un orientamento giurisprudenziale secondo il quale le Aziende e gli Enti del Servizio sanitario nazionale sono esclusi dai limiti in materia di assunzioni di personale e, pertanto, non è applicabile nei loro confronti il regime della proroga delle graduatorie. A sostegno di questa tesi, si è evidenziato che l'art. 1, comma 565, della l. n. 296/2006 ha rimosso i limiti alle assunzioni previsti dall'art. 1, comma 98, della l. n. 311/2004 (mantenendo solo l'obbligo della riduzione

complessiva della spesa del personale) e che conseguentemente non trova applicazione nell'ambito dei predetti Enti la normativa speciale in materia di proroga della efficacia triennale delle graduatorie dei concorsi pubblici, atteso che la predetta proroga trova la sua ragion d'essere proprio nelle limitazioni normative alle assunzioni di personale (T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 13 aprile 2018 n. 881; T.a.r. Toscana, 7 febbraio 2017 n. 189; T.a.r. Umbria, 19 novembre 2015 n. 531; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. II, 3 settembre 2014 n. 961).

È stato recentemente scrutinato anche il rapporto tra lo scorrimento delle graduatorie concorsuali e il ricorso alle procedure di mobilità. A tale riguardo, è stato evidenziato che, nel quadro dei principi enunciati dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 14/2011, l'esistenza di una graduatoria concorsuale valida, se limita la libertà di indire un nuovo concorso, non incide sulla libertà di avviare una procedura di mobilità, tenendo conto che:

- da un lato, il legislatore attribuisce alle procedure di mobilità un rilievo preferenziale, disponendo che esse debbono essere esperite prima della indizione di un nuovo concorso (artt. 30, comma 2 – bis, e 34-bis del d.lgs. n. 165/2001 e s.m.i.);
- dall'altro, la preferenza riconosciuta dall'ordinamento giuridico allo scorrimento della graduatoria concorsuale, rispetto alla indizione di una nuova procedura concorsuale non può essere riferita al diverso caso in cui allo scorrimento della graduatoria sia preferito il ricorso alla procedura di mobilità di personale proveniente da altre Amministrazioni, in quanto la mobilità consente (rispetto allo scorrimento della graduatoria concorsuale) il perseguimento di finalità diverse: l'acquisizione di personale già formato, l'immediata operatività delle scelte organizzative, l'assorbimento del personale in esubero e il conseguimento di risparmi di spesa in termini di finanza pubblica allargata (Consiglio di Stato, sez. III, 12 luglio 2018 n. 4268; 19 giugno 2018 n. 3750).

Infine, un accenno deve essere riservato alla giurisprudenza amministrativa che ha affrontato la questione relativa al rapporto tra procedure di stabilizzazione del personale sanitario precario e lo scorrimento delle graduatorie concorsuali. La questione è stata recentemente scrutinata dal T.a.r. Lazio che è pervenuto alla motivata conclusione di ritenere che i principi enunciati dalla Adunanza Plenaria nella sentenza n. 14/2011 non sono ostativi all'espletamento di procedure di stabilizzazione del personale precario, atteso che queste ultime (procedure) sono poste in essere sulla base di norme di rango primario, finalizzate a favorire la valorizzazione della professionalità acquisita dal personale con contratto a tempo determinato e, nel contempo, a ridurre il ricorso ai contratti di lavoro a termine (T.a.r. Lazio, sez. III - quater, 15 novembre 2017 n. 11334).