

**TAR Toscana Firenze - Sezione I, Sent. n. 1212 del 09.07.2009**

omissis

Svolgimento del processo

1) Con deliberazione n. 375 del 14/5/2008 il Direttore Generale dall'Azienda USL n. 4 di Prato ha indetto un concorso pubblico per titoli ed esami per la copertura di un posto di dirigente medico - disciplina neurologia - area medica e delle specialità mediche (ruolo sanitari - profilo professionale: medici); il relativo bando è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 49 del 24/6/2008.

La dott.ssa A.L.A. - dirigente medico della disciplina di neurologia, dipendente dell'Azienda USL n. 3 di Pistoia ed in servizio presso la U.O. di Neurologia dell'Ospedale di Pistoia - ha impugnato gli atti di cui sopra con il ricorso in epigrafe, in relazione alla circostanza che in passato aveva reiteratamente e inutilmente chiesto (da ultimo nel febbraio 2008) di essere trasferita presso l'AUSL di Prato; al riguardo ha censurato il mancato accoglimento della sua domanda di trasferimento o, quantomeno, la mancata attivazione della procedura di mobilità interaziendale.

Si è costituita in giudizio l'Azienda USL n. 4 di Prato eccependo il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo sulla controversia e chiedendo, comunque, la reiezione del gravame perché infondato.

Nella camera di consiglio del 22 ottobre 2008 questo Tribunale, con ordinanza n. 971, ha accolto la domanda incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati.

2) Con successiva deliberazione n. 967 del 10/12/2008 il Direttore Generale dall'AUSL n. 4 di Prato ha disposto di non accogliere la domanda di trasferimento della dott.ssa A. ed ha proceduto alla convalida (anche ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 21nonies della legge n. 241/1990) della propria precedente deliberazione n. 375/08.

Contro tale provvedimento la ricorrente ha proposto motivi aggiunti, depositati in data 6 e 19/2/2009 (e notificati anche alla dott.ssa Chiara Sonnoli), in relazione ai quali la difesa dell'Azienda resistente ha ampiamente controdedotto.

Nella camera di consiglio del 25 febbraio 2009 il TAR, con ordinanza n. 170, ha respinto l'istanza cautelare formulata con i predetti motivi aggiunti; il Consiglio di Stato, Sezione Quinta, ha respinto l'appello contro quest'ultima decisione (ordinanza n. 2295 del 56 maggio 2009).

3) Entrambe le parti costituite hanno depositato memorie in vista dell'udienza del 10 giugno 2009, in cui la causa è passata in decisione.

Motivi della decisione

1) Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni formulate, sotto diversi profili, dall'Amministrazione resistente, nessuna delle quali risulta peraltro fondata; in particolare:

a) quanto alla giurisdizione di questo TAR sulla controversia, la questione può ritenersi pacificamente risolta in senso positivo (a conferma dell'orientamento espresso dalla Sezione nell'ordinanza cautelare n. 971/08), come riconosciuto dalla difesa dell'Azienda USL n. 4 di Prato nella memoria conclusiva (in cui ha rinunciato all'eccezione dedotta in proposito), alla luce della pronuncia n. 207/2009 del Giudice del Lavoro di Pistoia (adito dalla medesima dott.ssa A. e dichiarato privo di giurisdizione) e, più in generale, dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 3055/2009;



b) non sussiste la prospettata inammissibilità del ricorso per intervenuta acquiescenza; la circostanza che la ricorrente abbia, prima ancora di agire in giudizio, presentato domanda di partecipazione al concorso di cui si tratta (domanda accolta dall'Azienda) non si configura affatto come comportamento incompatibile con la volontà di far valere le proprie pretese in sede giurisdizionale, contestando la legittimità del concorso bandito; nessuna preventiva rinuncia all'azione giurisdizionale è ravvisabile nell'operato della dott.ssa A., che va interpretato, piuttosto, come scelta cautelativa comprensibile e ragionevole, nella prospettiva di un eventuale esito sfavorevole dell'azione giurisdizionale; e comunque ogni acquiescenza è testualmente esclusa dalla dichiarazione in proposito formulata in termini inequivoci nella domanda di partecipazione presentata dalla ricorrente e depositata dalla stessa parte resistente come doc. 4; per le medesime ragioni non è prospettabile neppure una sopravvenuta carenza di interesse al ricorso, dopo l'ammissione alla procedura concorsuale;

c) non è meritevole di accoglimento neppure l'eccezione formulata in relazione ai motivi aggiunti, con cui si sostiene che le censure contro la deliberazione D.G. n. 967/08 dovevano essere fatte valere in via di esecuzione dell'ordinanza cautelare di questo TAR n. 971/08, ai sensi dell'art. 21 comma 14 della legge n. 1034/1971 e non invece estendendo l'impugnazione secondo la modalità prevista dal comma 1 del medesimo art. 21; il richiamo al citato comma 14 (che prevede, da parte del giudice, l'esercizio dei poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato) non appare in realtà pertinente, tenuto conto che detta norma è applicabile in caso di inottemperanza (totale o parziale) alle misure cautelari concesse, mentre nel caso in esame l'Azienda resistente ha dato esecuzione al provvedimento cautelare del Tribunale: l'AUSL n. 4 di Prato ha infatti adottato un provvedimento (la deliberazione D.G. n. 967/08) nuovo e ulteriore nella sequenza procedimentale aperta con la precedente deliberazione n. 375/08 - che è stata così integrata nella motivazione e convalidata - e dunque suscettibile di essere impugnato come atto connesso nel ricorso già pendente.

2.1) Il provvedimento impugnato con l'atto introduttivo del giudizio (deliberazione n. 375 del 14/5/2008 con cui il Direttore Generale dall'Azienda USL n. 4 di Prato ha indetto il concorso pubblico di cui si controverte ed ha approvato il relativo bando) è stato censurato dalla dott.ssa A., in via principale, per violazione dell'art. 30 del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

Tale norma (recante "Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse") così dispone al comma 2 bis: "Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio. Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza".

A sua volta il comma 1 recita: "Le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante cessione del contratto di lavoro di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento. Il trasferimento è disposto previo consenso dell'amministrazione di appartenenza".

La novità apportata al sistema della mobilità dal citato comma 2 bis (introdotto dall'art. 5 co. 1quater del D.L. 31 gennaio 2005 n. 7) consiste nell'aver stabilito la priorità dell'attivazione delle procedure di mobilità rispetto a quelle concorsuali: in altre parole, prima di bandire un concorso, occorre verificare la possibilità di coprire i posti vacanti in via di trasferimento su domanda da altre



amministrazioni (in tal senso cfr. TAR Napoli, Sez. V, 18 ottobre 2006 n. 8616 e TAR Catania, Sez. III, 23 febbraio 2006 n. 289). Non è fondata la tesi sostenuta dall'Azienda resistente secondo cui il tipo di mobilità disciplinato dalla norma invocata dalla ricorrente riguarderebbe solo il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse e non dello stesso comparto e dunque non sarebbe applicabile ai dirigenti delle aziende del Servizio sanitario nazionale, soggetto invece alle disposizioni di cui all'art. 20 del CCNL dell'8/6/2000 (Area della dirigenza medica e veterinaria del SSN). Premesso che la citata previsione contrattuale non contiene affatto norme incompatibili con la disposizione di legge - introdotta successivamente - contenuta nel D.Lgs. n. 165/2001, si deve sottolineare che, come evidenziato da TAR Lecce, Sez. II, 29 agosto 2008 n. 2406 proprio con riferimento al citato art. 30 comma 2 bis, il T.U. del 2001 disciplina "per espressa previsione dell'art. 1, l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e, quindi, anche delle aziende sanitarie..."; e d'altra parte anche le già richiamate sentenze TAR Napoli, Sez. V, n. 8616/2006 e TAR Catania, Sez. III, n. 289/2006 riguardano controversie promosse da medici del SSN per l'annullamento di bandi di concorso finalizzati alla copertura di posti ai quali i predetti aspiravano in via di trasferimento per mobilità.

2.2) La priorità riconosciuta dall'ordinamento all'attivazione delle procedure di mobilità rispetto a quelle concorsuali non va tuttavia ritenuta inderogabile. La condivisibile giurisprudenza amministrativa afferma (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 6 marzo 2006 n. 1060) che "il trasferimento a domanda si configura come una più soddisfacente distribuzione del personale nell'interesse del miglior andamento dell'azione amministrativa, dovendosi ritenere che il dipendente operi con maggiore profitto ove non sussistano situazione di disagio di carattere familiare"; mentre "non può ritenersi, in astratto, che la scelta concorsuale sia tale da garantire meglio il controllo della capacità dei candidati al posto da ricoprire e ciò anche in relazione alla maturata esperienza di dipendenti, che hanno anch'essi superato apposito concorso". Tali considerazioni, però, non possono assumere una valenza assoluta, perché possono certamente ipotizzarsi specifiche situazioni in cui può risultare opportuno e più corrispondente all'interesse pubblico privilegiare lo strumento del concorso, prescindendo dalla mobilità; in tali casi, peraltro, la deroga alla regola generale dettata dal citato art. 30 comma 2 bis va puntualmente e congruamente motivata (cfr. TAR Catania, Sez. III, n. 289/2006 e i richiami ivi contenuti).

Una motivazione di tal genere, idonea a legittimare la scelta del concorso senza previamente attivare le procedure di mobilità, non è rinvenibile nell'impugnata deliberazione D.G. n. 357/2008; non basta a questo proposito il richiamo all'esigenza "di estinguere le liste di attesa per visita neurologica entro quindici giorni dalla domanda", posto che non è dato comprendere in che modo la procedura concorsuale offrirebbe al riguardo più garanzie della mobilità; anche la necessità di "gestione dell'ambulatorio dedicato alla somministrazione di "tossina botulinica" per patologie neurologiche selezionate" non sembra meglio garantita dal concorso, piuttosto che dal trasferimento di un medico neurologo già in servizio presso altra struttura del SSN; quanto alla disponibilità di "una graduatoria utilizzabile in futuro per eventuali supplenze o incarichi", si tratta di un obiettivo non idoneo a giustificare la deroga alle regole generali, anche perché, in caso contrario, sarebbe utilizzabile in qualsiasi analoga circostanza e consentirebbe di "svuotare" il principio enunciato dall'art. 30 comma 2 bis del D.Lgs. n. 165/2001.

2.3) In conclusione, l'azione impugnatoria proposta con l'atto introduttivo del giudizio risulta fondata nella parte in cui deduce l'illegittimità della deliberazione di indizione del concorso impugnato (non in relazione al mancato accoglimento della domanda di trasferimento della ricorrente - che non risulta neppure presa in considerazione - bensì) perché assunta in violazione dell'obbligo di attivare previamente le procedure di mobilità.



3) Per superare i vizi riscontrati da questo TAR nella deliberazione D.G. n. 357/2008 e indicati nell'ordinanza n. 971/08, il Direttore Generale dall'AUSL n. 4 di Prato ha adottato la deliberazione n. 967 del 10/12/2008, con cui ha disposto di non accogliere la domanda di trasferimento della dott.ssa A. ed ha proceduto alla convalida (anche ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 21 nonies della legge n. 241/1990) del proprio precedente provvedimento di indicazione del concorso. L'interessata ha impugnato anche tale ulteriore deliberazione mediante motivi aggiunti depositati il 6 e il 19/2/2009, formulando censure riguardanti: vizi del procedimento relativi, in particolare, alle garanzie partecipative (violazione degli artt. 7 e 10 bis della legge n. 241/1990); violazione dell'art. 21 nonies della medesima legge n. 241/1990 (per carenza delle condizioni in cui può farsi luogo a convalida di provvedimenti precedenti); vizi inerenti la motivazione del nuovo atto, il travisamento dei fatti posti a fondamento del medesimo, lo sviamento delle finalità perseguite.

È opportuno ripercorrere, in sintesi, l'iter argomentativo in base al quale il Direttore Generale dall'AUSL n. 4 di Prato è pervenuto alla determinazione impugnata, iter che - premesso un richiamo all'ordinanza di questo Tribunale n. 971/08 - si sviluppa attraverso i seguenti passaggi:

- la dott.ssa A.L.A. ha chiesto il trasferimento presso l'AUSL di Prato "in riferimento alla legge per l'avvicinamento al nucleo familiare in quanto residente a Prato con figlio convivente del quale risulta essere l'unico genitore affidatario", ma nel caso di specie non sussistono i presupposti per l'applicazione dell'art. 33 comma 5 della legge n. 104/1992;

- dal curriculum presentato la predetta non risulta "possedere i requisiti di specializzazione professionale che interessano" l'Azienda "per come risulta attualmente organizzata l'U.O. di Neurologia", tenuto anche conto: che il concorso è stato bandito "tra l'altro per la necessità di poter acquisire una figura professionale che potesse fronteggiare le esigenze di tipo istituzionale a carattere permanente della stessa U.O."; che il neurologo da sostituire "gestiva l'Ambulatorio dei disordini del movimento e quello dedicato al trattamento con tossina botulinica, competenze per le quali la dott.ssa A.L.A. non ha indicato nel proprio curriculum alcuna specifica esperienza"; che dal curriculum stesso risulta che la predetta ha, in particolare, acquisito esperienze in attività già ampiamente coperte dal personale medico in servizio presso la Neurologia di Prato;

- l'attività dell'U.O. di cui si tratta "si caratterizza per un intenso e continuo servizio, anche e soprattutto notturno, assistenziale nell'area dedicata alla degenza... e al ricovero anche per la presenza della Stroke Unit la quale richiede personale particolarmente dedicato ed adeguatamente formato";

- l'espletamento del pubblico concorso "consentirà all'Azienda di avere a disposizione una graduatoria di idonei da poter utilizzare in futuro e nel periodo di vigenza della graduatoria stessa per eventuali supplenze o incarichi in considerazione delle molteplici esigenze istituzionali".

Al di là delle questioni formali, il Collegio ritiene che il provvedimento impugnato sia viziato sotto il profilo dell'impianto motivazionale, come dedotto dalla ricorrente nei motivi aggiunti e che tanto basti per determinarne l'illegittimità. In particolare:

- è vero che la ricorrente ha motivato la sua istanza di trasferimento del 5/2/2008 con esigenze familiari connesse alla convivenza con il figlio minore di cui è unico genitore affidatario; tuttavia a supporto di tale istanza la predetta non ha invocato la legge n. 104/1992, per cui il richiamo operato nella deliberazione D.G. n. 967/2008 a detta normativa e all'insussistenza dei presupposti per farne applicazione non risulta pertinente;

- l'affermazione secondo cui la dott.ssa A. non sarebbe in possesso dei "requisiti di specializzazione professionale" che l'Azienda intende acquisire attraverso il concorso risulta frutto di travisamento dei fatti e contraddittoria rispetto ai contenuti del bando approvato con la deliberazione D.G. n. 375/2008; in realtà l'unico titolo di specializzazione richiesto per accedere al posto vacante è quello



in neurologia, di cui la ricorrente è in possesso: si deve pertanto ritenere che l'AUSL resistente abbia inteso riferirsi, nel valutare negativamente il curriculum dell'interessata, alle specifiche esperienze dalla medesima acquisite nel corso del servizio prestato presso l'AUSL n. 3 di Pistoia, relative a settori di attività non coincidenti con quella (inerente l'ambulatorio dei disordini del movimento e quello dedicato al trattamento con tossina botulinica) svolta dal medico il cui collocamento a riposo ha determinato la vacanza del posto di cui si controverte; il concorso è stato però bandito (come è ovvio) per un posto di dirigente medico nella disciplina neurologia e non per il posto di responsabile delle strutture interne precedentemente gestite dal medico da sostituire, né il bando fa alcun riferimento a requisiti di esperienza specifica nelle attività suddette; perciò in sostanza con il provvedimento impugnato sono state valutate negativamente la posizione e la domanda della dott.ssa A. sulla base di requisiti ulteriori e ben più stringenti di quelli richiesti ai candidati del concorso pubblico (e dunque anche alla medesima dott.ssa A. in quanto concorrente): il che non appare giustificato, anche perché non è affatto detto che dalla procedura concorsuale - aperta a qualsiasi medico specializzato in neurologia - risulterà vincitore un candidato esperto negli specifici settori già coperti dalla dott.ssa Serra; e per converso, se la selezione fosse finalizzata all'individuazione di un candidato di tal genere, non è chiaro come potrebbe l'Azienda utilizzare proficuamente la graduatoria per futuri supplenze o incarichi "in considerazione delle molteplici esigenze istituzionali" (obiettivo espressamente perseguito dalla scelta del concorso, secondo quanto enunciato nella deliberazione D.G. n. 967/2008);

- il riferimento all'esigenza di acquisire personale "particolarmente dedicato ed adeguatamente formato" in relazione ad un "intenso e continuo servizio, anche e soprattutto notturno, assistenziale..." da un lato sembra trascurare che la ricorrente ha un'esperienza decennale nel settore della neurologia, dall'altro può destare perplessità se correlato alla scelta del concorso, che nulla esclude possa essere appannaggio di un medico neospecializzato o, comunque, di ben minore esperienza; in realtà il richiamo all'intensità e continuità del servizio "anche e soprattutto notturno" risulta particolarmente significativo perché si riferisce ad una delle ragioni più importanti (se non la più importante) del negativo atteggiamento assunto dall'AUSL n. 4 di Prato nei confronti della dott.ssa A.: ragione che peraltro emerge chiaramente solo dalle difese della predetta Azienda, in cui si fa riferimento alla circostanza che la predetta "risulta formalmente esonerata dalle guardie notturne presso l'Azienda di appartenenza" (pag. 7 della memoria depositata il 24/2/2009); neppure tale elemento basta però per superare le censure formulate dalla ricorrente: esso non risulta infatti esplicitato nel provvedimento impugnato e, d'altra parte, la fruizione da parte della predetta del beneficio di cui all'art. 53 comma 2 lett. a) del D.Lgs. n. 151/2001 (che sottrae all'obbligo di prestare lavoro notturno "la lavoratrice o il lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni") è comunque destinata a cessare entro l'8 luglio 2009 al compimento del dodicesimo anno del figlio della dott.ssa A..

Per le ragioni illustrate l'azione impugnatoria proposta con i motivi aggiunti contro la deliberazione D.G. n. 967 del 10/11/2008 risulta fondata (restando assorbite le ulteriori censure dedotte).

4) In conclusione meritano accoglimento sia la domanda di annullamento presentata con l'originario ricorso, sia quella formulata con i motivi aggiunti depositati il 6/2/2009; vanno conseguentemente annullate le impugnature deliberazioni del Direttore Generale dall'Azienda USL n. 4 di Prato n. 375 del 14/5/2008 e n. 967 del 10/11/2008. Per effetto della presente decisione resta caducato anche il bando del concorso pubblico indetto con gli atti annullati; per coprire il posto vacante l'Azienda resistente potrà dunque dar corso alla procedura di mobilità (non necessariamente relativo alla sola ricorrente), secondo il principio generale enunciato dall'art. 30 comma 2 bis del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165, oppure determinarsi diversamente, in favore della procedura concorsuale, adottando



ulteriori provvedimenti (emendati dai vizi rilevati nel presente giudizio) sulla base di una rinnovata, coerente e motivata valutazione del quadro complessivo riguardante le esigenze da perseguire, in rapporto alle soluzioni praticabili.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I^a, definitivamente pronunciando, accoglie, nei sensi di cui in motivazione, le domande di annullamento formulate con l'atto introduttivo del giudizio e con i motivi aggiunti successivamente depositati e conseguentemente annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Azienda USL n. 4 di Prato al pagamento delle spese del giudizio in favore della ricorrente, nella misura complessiva di Euro 3.000,00 (tremila/00) oltre a CPA e IVA.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 10/06/2009 con l'intervento dei Magistrati:

omissis