



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 4987 del 2021, proposto dalla Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Santobono-Pausilipon, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Fusco, Arturo Testa, Massimo Pepe, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Cellammare, Luigi Della Monica, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2022 il Cons. Raffaello Sestini;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – L’Azienda Ospedaliera meglio indicata in epigrafe propone appello avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. -OMISSIS-, che ha accolto il ricorso presentato dalla odierna contro interessata avverso la pubblicazione del bando che ha indetto un pubblico concorso per titoli ed esami per la copertura di tre posti da dirigente di neuropsichiatria infantile unitamente a tutti gli atti connessi.

2 – Il bando in esame è stato pubblicato dall’Azienda Ospedaliera successivamente all’esperienza della procedura di mobilità ex art. 30 d.lgs. 165/2001, in quanto nessuno dei partecipanti, fra i quali figurava la ricorrente, era risultato idoneo in mancanza dei requisiti professionali richiesti.

3 – In particolare, l’Azienda Ospedaliera aveva richiesto, per partecipare al procedimento di mobilità, il possesso di una comprovata esperienza in attività clinica neuropsichiatrica infantile che includesse anche l'emergenza/urgenza, precisando altresì che l'indicato requisito dovesse essere documentato attraverso il servizio prestato in aziende ospedaliere pediatriche di rilievo nazionale e di alta specializzazione dotate di pronto soccorso psichiatrico.

4 - Il bando pubblico impugnato, invece, richiede ai partecipanti solo il possesso della laurea in medicina e chirurgia e la specializzazione nella disciplina oggetto del concorso o in una disciplina equipollente fra quelle elencate dai D.M. 30.01.1998 e ss.mm.ii., ma ritiene altresì sufficiente l'iscrizione al terzo anno del corso di specializzazione, ai sensi della legge n. 8/2020 di modifica dell'art. 1, comma 547, della legge n. 145/2018.

5 – L’odierna resistente, essendo stata esclusa dalla procedura di mobilità per l’assenza dei richiesti requisiti di esperienza professionale, ha quindi impugnato il bando di concorso davanti al TAR e ne ha dedotto, con un unico ed articolato motivo di ricorso, l’illegittimità per violazione dell’art. 97 della Costituzione, dell’art. 30 del D.lgs. n. 165/2001 e dell’art. 3 della legge n. 241/90, oltre che per il vizio di eccesso di potere per illogicità manifesta e difetto di motivazione.

6 - L’Azienda Ospedaliera si è costituita ritualmente in primo grado per eccepire pregiudizialmente il difetto di giurisdizione dell’adito Tribunale e l’irricevibilità del gravame stante la sua tardiva proposizione e, nel merito, ha insistito per la totale reiezione del ricorso.

7 – Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione Quinta, con ordinanza n. -OMISSIS- ha accolto il ricorso cautelare della ricorrente ai sensi dell’art. 55, comma 10, c.p.a., fissando il merito all’udienza del 2 marzo 2021, e con l’appellata sentenza n. n. -OMISSIS- ha poi accolto il ricorso nel merito. Segnatamente, il Giudice di primo grado:

- 1) ha rigettato la questione pregiudiziale di giurisdizione, essendo il bando pubblico oggetto del gravame un atto autoritativo della PA, di fronte al quale la pretesa della ricorrente costituisce la naturale espressione di un interesse legittimo;
- 2) ha confermato la legittimazione della ricorrente nel proporre ricorso avverso il bando pubblico in questione, in quanto direttamente lesa dalla presenza di criteri discretivi diversi e meno stringenti da quelli previsti per la procedura di mobilità cui aveva partecipato, e che lei non possedeva, di modo che, se i requisiti di quella procedura avessero coinciso con quelli del nuovo concorso, lei avrebbe potuto superare la procedura di mobilità senza la necessità di bandire un nuovo pubblico concorso;
- 3) ha accolto il ricorso nel merito, ritenendo presente la violazione del principio di trasparenza e di uguaglianza per aver l'Amministrazione prescelto nel procedimento di mobilità dei requisiti più stringenti rispetto a quelli richiesti nel concorso pubblico, tradendo, afferma il TAR, il favor legis verso il ricorso alle procedure di mobilità rispetto alle più onerose nuove assunzioni a seguito di concorso pubblico.

8 - L'Azienda Ospedaliera ha proposto appello avverso tale decisione, eccependo nuovamente il difetto di giurisdizione del giudice di prime cure, la tardività del ricorso e la carenza di legittimazione della ricorrente, argomentando l'erroneità delle tesi fatte proprie dal giudice di primo grado.

8.1 – La Parte resistente si è costituita ritualmente per sostenere le ragioni per la reiezione del ricorso e per la conferma della sentenza appellata. Le Parti hanno altresì ulteriormente argomentato le rispettive difese con proprie memorie.

8.2 - In sede di sommaria delibazione, con ordinanza cautelare del 9.7.2021 questa Sezione ha accolto la domanda cautelare, sospendendo l'esecutività della sentenza appellata, *“ritenuto che l'istanza cautelare, fatta salva una più approfondita disamina del merito del ricorso, appare favorevolmente apprezzabile sotto l'eccepite profilo della carenza di interesse della parte appellata, posto che: i) non è in contestazione la congruità dei requisiti (più stringenti) previsti per la procedura di mobilità; ii) la censurata asimmetria dei requisiti di accesso alle due procedure (mobilità e concorso) non pare esitare, sulla base delle stesse statuizioni di primo grado, in un necessario effetto di estensione alla mobilità dei requisiti meno stringenti previsti per la procedura concorsuale; iii) si fatica pertanto ad individuare uno sbocco esecutivo coerente con l'effetto conformativo della pronuncia appellata e, al contempo, soddisfattivo dell'interesse della parte privata”*.

8.3 - All'udienza del 20 gennaio 2022, la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

9 – Ai fini della definizione dell'appello, il collegio evidenzia in primo luogo che le preliminari eccezioni di carenza di giurisdizione e di tardività del ricorso non hanno pregio,

posto che ad essere impugnato è il nuovo bando pubblico della Struttura ospedaliera, ovvero il provvedimento autoritativo che, essendo fallita la precedente procedura di mobilità, invece di ridimensionare i requisiti previsti per tale procedura (con conseguente subentro dell'appellante nella rosa dei vincitori) ha indetto, ponendone la disciplina, una nuova procedura concorsuale pubblica, ed in tal modo ha vanificato la predetta aspettativa dell'interessata, che ha, di conseguenza, tempestivamente impugnato il nuovo bando, radicando la giurisdizione del giudice amministrativo ai fini dell'esame del proprio gravame.

10 – Nel merito, la questione centrale da dirimere concerne il rapporto sussistente, ai fini della copertura dei posti vacanti, tra la procedura di mobilità ex art. 30, comma 2 bis D.lgs. n. 165/2001 e l'indizione di un nuovo concorso.

10.1 – In particolare, ai sensi dell'art. 30, comma 2 bis, del D.lgs. n. 165/2001 la Pubblica Amministrazione, in caso di vacanza di risorse, ha il precipuo obbligo di indire una procedura di "mobilità volontaria" attraverso la pubblicazione di un bando che permetta il passaggio diretto di dipendenti che abbiano una qualifica corrispondente a quella necessaria, anche se di altre Amministrazioni, e ciò, evidentemente, non con un mero obiettivo di risparmio economico-finanziario volto a limitare le nuove assunzioni e quindi il numero delle dei pubblici impiegati, così come ritenuto dal giudice di primo grado, bensì al fine di valorizzare ed ottimizzare l'impegno delle risorse umane disponibili e delle professionalità ed esperienze maturate nell'ambito delle diverse pubbliche amministrazioni, consentendo l'immediata applicazione del nuovo personale secondo le proprie capacità e la propria scelta (come previsto dall'art. 4 Cost.) e limitando i relativi oneri formativi.

10.2 – In tal senso la procedura di mobilità, che implica una modificazione soggettiva del rapporto di lavoro previo consenso di tutte le parti, e quindi non contempla una novazione del rapporto tra dipendente e PA, si esplica attraverso la pubblicazione di un bando che può ben prevedere tra i requisiti, alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., precipue professionalità ed esperienze lavorative, maturate o meno nella pubblica amministrazione, sulla cui base selezionare le domande pervenute in relazione alle esigenze sottese al posto da coprire.

10.3 - Il *favor* del legislatore per lo strumento della mobilità deve essere, però, inquadrato nell'ambito del principio costituzionale dell'accesso per pubblico concorso, che consente la ottimale selezione degli aspiranti più capaci e meritevoli e che è sancito dall'art. 97 Cost. quale diretta espressione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento della pubblica amministrazione.

10.4 – Ne discende, da un lato, la possibilità di condizionare il favorevole esito del preliminare ricorso alla procedura di mobilità al possesso dei requisiti di competenza professionale, di esperienza lavorativa ed attitudinali ritenuti necessari, alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità, ai fini dell’ottimale disbrigo della nuova attività lavorativa senza dover sostenere particolari oneri formativi e, dall’altro, la non sovrapposibilità fra lo spostamento fra uffici di un dipendente mediante mobilità, che, come detto, può ben prevedere requisiti di competenza ed esperienza lavorativa specifici riferiti al buon andamento del nuovo ufficio, e il pubblico concorso di cui all’art. 97 Cost., che consente di selezionare in modo imparziale e trasparente, mediante titoli ed esami, tutti i candidati potenzialmente idonei, anche quando privi di una specifica esperienza professionale.

10.5 – Infatti il concorso pubblico, al contrario della procedura di mobilità, consente di selezionare, nel rispetto dei principi di trasparenza e di valorizzazione del merito, i più capaci e meritevoli fra tutti gli aspiranti, giustificando sul doppio profilo dell’imparzialità e del buon andamento il successivo investimento della Pubblica Amministrazione nella loro formazione professionale, e pertanto impone di ponderare la richiesta di particolari requisiti professionali e di esperienza con l’opposto interesse pubblico alla massima partecipazione dei candidati, e quindi alla ottimale selezione delle migliori risorse disponibili .

11 – Alla stregua delle pregresse considerazioni, non vi è stata alcuna ingiustizia, o irragionevolezza, o disparità di trattamento, contro la resistente, che semplicemente non disponeva dei prescritti requisiti per la prima procedura attivata, requisiti poi del tutto ragionevolmente ridotti dalla medesima Amministrazione in relazione sia, come detto, al diverso strumento selettivo legittimamente attivato, sia, proprio, in ragione del mancato rinvenimento di soggetti idonei all’esito della prima procedura attivata.

12- Neppure vi è quindi stata, come invece ritenuto dal giudice di primo grado, alcuna lesione del principio di *“correttezza e leale collaborazione tra Amministrazione e amministrati”*. Infatti, considera il Collegio, il *“principio di imparzialità e buon andamento”* che deve informare il rapporto *“fra amministrazione e cittadini”* risulta essere stato pienamente rispettato secondo ragionevolezza e proporzionalità, come sopra considerato, mediante la successiva attivazione dei due diversi strumenti della mobilità e del pubblico concorso, ed anche i principi di *“trasparenza”* e di *“partecipazione al procedimento”* risultano essere stati rispettati (quali corollari dei principi precedentemente indicati) nella fattispecie, mediante la pubblicazione dell’interpello per mobilità e del bando di concorso pubblico.

13 – L'appellante ha quindi potuto competere pienamente, in condizioni di parità con gli altri aspiranti, ai fini dell'attivazione del percorso di mobilità secondo le condizioni ed i requisiti, peraltro non posseduti, previamente indicati dall'Amministrazione, ed ha acquisito, almeno in astratto, una analoga ulteriore possibilità a seguito del bando del pubblico concorso, che non ha, comunque, reiterato i requisiti che la medesima aveva dimostrato di non possedere.

14 – In tal senso, al contrario di quanto ritenuto dal giudice di primo grado, emerge un comportamento dell'Amministrazione improntato non solo alla “*correttezza*”, sotto il proprio profilo soggettivo e deontologico, bensì anche ai generalissimi principi di “*buona fede e tutela dell'affidamento*” che permeano –bilateralmente- anche il rapporto fra amministrazione e cittadini nell'ordinamento nazionale, così come quello euro-unitario.

15 – In conclusione, l'appello deve essere accolto, e per l'effetto deve essere respinto, in riforma dell'appellata sentenza, il ricorso di primo grado.

16 –In considerazione della complessità delle questioni sussistono giusti motivi per la compensazione del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità della ricorrente di primo grado.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Antonella De Miro, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaello Sestini

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.