

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

sentenza 5 luglio 2013, n. 3578

**Svolgimento del processo - Motivi della decisione**

1. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - Roma - Sezione Terza Quater, con sentenza n. 2123 del 13 febbraio 2013 depositata il 27 febbraio 2013, ha respinto, con compensazione delle spese, il ricorso proposto con motivi aggiunti dal dott. F.M.S. in servizio presso gli I.F.O. (Istituti Fisioterapici Ospedalieri) di Roma quale responsabile dell'U.O.S.D. "Radiologia e Diagnostica per Immagini" dell'Istituto S. Galligano, avverso la deliberazione n. 202 dell'8 marzo 2012 del responsabile della U.O.C. di Radiologia e Diagnostica degli I.F.O., con la quale, su proposta del direttore della U.O.C. Risorse Umane, è stato confermato al dott. M.C. (già in sostituzione temporanea del titolare in quiescenza) l'affidamento dell'incarico di sostituzione del Dirigente responsabile della U.O.C. di Radiologia e Diagnostica per Immagini dell'Istituto Regina Elena di Roma, per mesi sei rinnovabili decorrenti dal 1 gennaio 2012, nonché avverso la successiva deliberazione di proroga dell'incarico medesimo (n. 3456 del 18 luglio 2012).

Il T.A.R. ha dapprima respinto le eccezioni di difetto di giurisdizione, tenuto conto della disposta procedura e valutazione comparativa nel merito dei titoli dei candidati, e di carenza di interesse in capo al dott. S., che è stato espressamente invitato, con lettera n. 350 del 25 gennaio 2012, alla selezione presso gli I.F.O. nonostante fosse in servizio presso l'Istituto S. Galligano, facente parte anch'esso degli I.F.O. stessi.

Quindi ha ritenuto corretto l'operato sia della Amministrazione che, come l'anno precedente, ha fatto ricorso, trattandosi di situazione

transitoria di assenza del titolare, al procedimento di cui all'art. 18 C.C.N.L. 1998-2001, sia della Commissione che ha fatto riferimento, nella sua autonoma discrezionalità tecnica, agli *artt. 8, 9 e 10 del D.P.R. n. 484 del 1997* richiamandosi, nei criteri di valutazione dei titoli, solo ad alcuni parametri ex citato art. 8.

Il giudizio comparativo sulla qualità e quantità dell'attività svolta e dei protocolli di ricerca clinica dei candidati è il frutto di apprezzamento per l'appunto espressione di discrezionalità tecnica, immune da gravi illogicità e contraddittorietà.

2. Il dott. F.M.S., con atto notificato il 12 aprile 2013 e depositato il 13 aprile 2013, ha interposto appello, con domanda di sospensiva, riproponendo sostanzialmente i motivi dedotti in primo grado e deducendo l'illegittimità della sentenza impugnata.

Sottolinea in particolare che la Commissione, autovincolatasi al rispetto degli *artt. 8, 9 e 10 del D.P.R. n. 484 del 1997*, avrebbe dovuto procedere all'applicazione integrale di quelle norme e non, invece, limitarsi, erroneamente e immotivatamente, a prescegliere solo alcuni criteri di valutazione previsti dal citato art. 8, che prescrive altresì un colloquio e contempla altre tipologie valutative a suo dire indispensabili nella fattispecie.

La Commissione per di più avrebbe dovuto essere composta, fra l'altro, da due dirigenti medici preposti a una struttura complessa della disciplina oggetto dell'incarico, ai sensi dell'art. 15 ter., comma 2, *D.Lgs. n. 502 del 1992*, in tema di incarichi di direzione di struttura complessa, anche se non espressamente richiamato dal citato C.C.N.L., e tale circostanza avrebbe viziato le valutazioni della Commissione nominata nel caso di specie senza la presenza di esperti in radiodiagnostica. Ribadisce la mancata previa determinazione di criteri per la selezione e la omessa, insufficiente e illogica valutazione dei vari titoli prodotti (direzione per anni di struttura dotata di personale; soggiorni di studio in Italia e all'estero; responsabile di Scuola di Ecografia Dermatologica e membro Consiglio Direttivo S.I.U.M.B.; partecipazione a congressi; molte pubblicazioni e editor di atti congresso internazionale di radiologia; protocolli di ricerca; anni di insegnamento universitario).

In particolare il giudizio della Commissione relativo alle tecniche diagnostiche ("alta complessità" per il dott. C. e "media complessità" per l'interessato) non trova riscontro negli atti, sia sul piano della qualità, non

sussistendo "gerarchie" fra le prestazioni effettuate con T.A.C. dal dott. C. e quelle con ecografie dal dott. S., né della quantità, in sostanziale parità.

Il T.A.R. altresì avrebbe omesso di pronunciarsi sulle autonome censure dedotte avverso la deliberazione di proroga dell'incarico, disposta sine die e dal Direttore sanitario anziché dal Direttore Generale.

Reitera la domanda risarcitoria quantificata in Euro 150.000 a titolo di lesione all'immagine e alla professionalità (danni non patrimoniali), in Euro 20.000 quale perdita di chance per differenze stipendiali, e in Euro 60.000, per maggiori indennità e compensi professionali (danni patrimoniali).

Chiede infine, in via istruttoria, l'esibizione degli atti di gara e in particolare del curriculum del dott. C. denegato dall'Amministrazione per mancato consenso di quest'ultimo.

3. Con memoria depositata il 27 aprile 2013, gli I.F.O. si sono costituiti ed hanno proposto appello incidentale replicando puntualmente ai motivi dell'appello principale a sostegno dell'operato della Amministrazione e della sentenza impugnata.

Eccepisce in via preliminare e preclusivo dell'esame dell'appello del dr. S. il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo versandosi in fattispecie di pubblico impiego "contrattualizzato" e di procedura di conferimento di incarico qualificabile come "fiduciario" e discrezionale.

Sarebbe venuto meno anche l'interesse ad agire, posto che l'incarico in questione è cessato al 1 gennaio 2013, anche se il dott. C. continua a svolgere le funzioni vicarie del direttore dell'U.O.C. in questione, situazione analoga a quella del dott. S. nell'Istituto di San Galligano.

Dato il carattere della selezione, si sottolinea in particolare che l'Amministrazione e la Commissione non erano tenute alla pedissequa osservanza dei richiamati D.Lgs. n. 484 del 1997 e n. 502/1992, e si soggiunge che le valutazioni dei curriculum dei candidati sono da ritenersi esaurienti e motivate, quindi insindacabili nel merito.

La proroga dell'incarico era già prevista in 6 mesi dal C.C.N.L. e rientrava nelle prerogative del direttore sanitario in quanto atto di esecuzione di altro atto del direttore generale.

Eccepisce l'inammissibilità dell'istanza risarcitoria, in quanto generica e non supportata da elementi concreti, e per di più il dott. S. non potrebbe partecipare all'eventuale riedizione della selezione perché esterno al Regina Elena; non sussiste poi l'elemento oggettivo della responsabilità della P.A..

Quanto all'esibizione degli atti richiesti, il curriculum del dott. C. è stato prodotto dallo stesso in primo grado e la richiesta di ulteriori documenti prodotta in appello è generica e quindi non può essere evasa.

4. Il dott. S., con memoria depositata il 24 maggio, ribadisce i motivi dell'appello, richiamando taluni pronunciamenti di questo Consiglio, sottolineando la permanenza dell'interesse ad agire ai fini o dell'affidamento dell'incarico o della riedizione della selezione ovvero del risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali.

5. La causa, rinviata al merito nella camera di consiglio del 3 maggio 2013, all'udienza pubblica del 14 giugno 2013 è stata trattenuta in decisione.

6.1. L'appello è in parte fondato e in conseguenza va riformata la sentenza impugnata per le considerazioni che seguono.

6.2. Va preliminarmente disattesa, in ciò concordando con il T.A.R., l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dagli I.F.O..

Invero l'*articolo 63 del D.Lgs. n. 165 del 2001* prevede che "restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (...)", per cui occorre verificare se nel caso di specie il contestato procedimento seguito dall'Amministrazione presenti le caratteristiche tipiche di una selezione pubblica.

La procedura all'esame ha avuto il seguente svolgimento:

-sono stati acquisiti i curriculum aggiornati dei dirigenti medici in servizio presso le strutture degli I.F.O. della disciplina interessata al fine di procedere alla "valutazione comparata" degli stessi;

-è stata costituita apposita commissione esaminatrice per effettuare tale "valutazione comparata";

-la Commissione ha ritenuto di avvalersi dei "criteri stabiliti dagli *articoli 8, 9 e 10 del D.P.R. n. 484 del 1997*", relativi alla disciplina generale per l'accesso alla direzione sanitaria aziendale e al secondo livello dirigenziale, sia pure per quanto compatibili con la "selezione di cui trattasi";

-la Commissione ha in effetti proceduto alla motivata valutazione comparativa del merito dei candidati, accertato per il tramite dell'esame dei titoli dei curriculum ai fini della successiva individuazione dell'aspirante all'assunzione temporanea, vincolando così l'Amministrazione che in tal senso ha deliberato.

La procedura in questione risulta quindi caratterizzata di certo da alcuni elementi di carattere concorsuale sul piano procedurale e della valutazione degli aspiranti sotto il profilo della maggiore o minore idoneità all'esercizio delle funzioni da assegnare, che è in sostanza il connotato tipico proprio della procedura concorsuale.

Infatti nella fattispecie i vari provvedimenti sono stati adottati nell'ambito di potestà, di natura autoritativa, di organizzazione dei servizi e quindi di attività amministrativa in senso pubblicistico non riconducibile alla capacità di diritto privato dell'Amministrazione.

In definitiva, contrariamente a quanto asserito dagli I.F.O., la selezione in questione, per i tratti caratteristici evidenziati, non può farsi rientrare nella figura della scelta di mero carattere fiduciario affidata alla responsabilità del Direttore generale.

Si soggiunge infine che il carattere selettivo della procedura di scelta dei dipendenti resta intatto anche nelle ipotesi in cui la selezione riguarda posizioni di livello dirigenziale e il rapporto di lavoro sia a tempo determinato, applicandosi le norme generali discendenti dal principio di cui *all'art. 97, comma 3, della Costituzione* e che regolano la gestione dei concorsi pubblici.

In conclusione il Collegio ritiene quindi che la giurisdizione relativa alla presente controversia appartenga alla sfera demandata al giudice amministrativo uniformandosi così a orientamento già emerso anche nella stessa Sezione (cfr., fra le altre, sentenze nn. 5419 e 6425/2011 e 791/2012; Cass. Civ. Sez. Unite n. 529/2010).

6.3. Ad avviso della Sezione permane quindi l'interesse ad agire in capo al dott. S., come peraltro affermato dal T.A.R., anche se l'incarico in questione ha avuto termine il 1 gennaio 2013.

In effetti l'interessato, invitato alla selezione dalla stessa Amministrazione, resta interessato all'eventuale annullamento della procedura e dell'incarico, vuoi per l'affidamento dell'incarico, vuoi per la riedizione della selezione stessa oggetto del contenzioso vuoi per l'istanza risarcitoria, anche nella considerazione che il controinteressato di fatto continua ad esercitare le mansioni in questione, come ammesso dagli I.F.O., quale vicario del Direttore dell'U.O.C..

Non rileva in questa sede, come sottolineato dai giudici di prime cure, l'eventuale ammissione o meno del dott. S. ad altra nuova selezione, evidentemente distinta ed autonoma da quella all'esame.

6.4. Le argomentazioni già svolte circa l'assegnazione della controversia al giudice amministrativo inducono poi a propendere anche a favore della fondatezza del merito delle varie censure dedotte dall'appellante principaleriguardo alla procedura svoltasi nell'occasione.

In effetti gli I.F.O., come emerge in atti, non hanno inteso incentrare sul solo Direttore generale la nomina del sostituto temporaneo del Direttore dell'U.O.C. del Regina Elena e quindi ricorrere a una scelta meramente fiduciaria e discrezionale, bensì hanno preferito, autolimitando la propria autonomia, attivare una procedura paraconcorsuale che non poteva che essere volta a selezionare il candidato che risultasse il più idoneo proprio sulla base della oggettiva comparazione dei curriculum.

In sostanza l'Amministrazione ha perseguito fini di chiarezza e trasparenza, garantiti per l'appunto da un procedimento comunque selettivo più articolato e quindi rigoroso in relazione alle caratteristiche dell'incarico da affidare sia pure in via temporanea.

D'altra parte se la nomina dell'incaricato avesse avuto in effetti le asserite caratteristiche della scelta fiduciaria e discrezionale non emergono le ragioni per le quali l'Amministrazione ha preferito ricorrere esplicitamente alla suddetta procedura anziché, per economia dell'azione amministrativa e dell'organizzazione dei servizi, alla nomina diretta.

In tale contesto va inserito conseguentemente il riferimento operato dalla Commissione agli *articoli 8, 9 e 10 del citato D.P.R. n. 484 del 1997* e ai criteri negli stessi stabiliti.

La Commissione, nella sua autonoma discrezionalità, si è avvalsa di una potestà alla stessa riconosciuta ai fini dello svolgimento dei lavori e delle valutazioni, ma quel riferimento generale alle disposizioni per l'accesso alla dirigenza sanitaria per quanto compatibili con la selezione di cui trattasi avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione a motivare adeguatamente la "prevalenza" data solo a una tipologia di criteri affidata alla mera considerazione della "valenza strategica della struttura in esame" senza esplicitare invece le ragioni per le quali invece si discostava da quella articolata normativa di riferimento specifico in *subiecta materia* e che era stata esplicitamente richiamata.

Come è unanime in giurisprudenza la motivazione di ogni provvedimento deve esternare l'iter logico seguito nell'adozione di quel provvedimento ai fini del possibile sindacato di qualsivoglia interessato e poi del giudice in sede contenziosa, e l'iter logico deve essere congruo ed esauriente a tal fine.

Non riveste quindi tali caratteristiche il generico e ovvio relazionarsi alla sola "valenza strategica della struttura", tenuto conto invece della natura dell'incarico da assegnare e della gamma dei criteri, tutti in astratto e in concreto riferibili alla fattispecie, previsti dalle disposizioni delle quali la Commissione ha inteso autonomamente ed esplicitamente "avvalersi".

6.5. Ne consegue che anche la nomina della Commissione, nella composizione peraltro disposta con una breve nota del Direttore generale del Regina Elena San Galligano n. 201 del 22 febbraio 2012, avrebbe dovuto essere accompagnata, tenuto conto della determinazione dell'Amministrazione di ricorrere a procedura selettiva comparata, da un minimum di motivazione alla luce del vigente C.C.N.L., che non prevedeva alcunché in proposito, e del *D.Lgs. n. 502 del 1992, articolo 15 ter, comma 2*, che poteva costituire anch'essa normativa di riferimento nel comparto in relazione alle mansioni connesse all'incarico.

6.6. Si evidenzia ancora che le valutazioni della Commissione sui singoli curriculum si appalesano estesi e descrittivi dei titoli valutati, epperò con sintetici giudizi, peraltro non su tutte le voci esaminate, non sempre decisivi e chiari, talvolta generici e soprattutto, trattandosi di raffronto fra titoli, non evidenziano per l'appunto le "comparazioni" e i parametri a

supporto della conclusione, che si appalesa apodittica nel momento in cui afferma "sulla base delle valutazioni sopra illustrate la Commissione ritiene di affidare l'incarico... al dott. M.C. il quale... presenta... il miglior equilibrio tra i criteri posti in evidenza dalla Commissione".

Tenuto conto delle caratteristiche e delle mansioni connesse all'incarico la Sezione è dell'avviso che, ferma restando la discrezionalità riconosciuta alla Commissioni in tali fattispecie, la comparazione avrebbe dovuto esternare e rendere intelligibili le diverse valutazioni fra loro sì da evidenziare chiaramente le differenze dei singoli giudizi e da giustificare quindi il giudizio finale; a titolo di mero esempio, sul piano tecnico non emergono chiaramente le ragioni della diversa valutazione ("media" e "alta") della complessità delle tecniche diagnostiche collegate alla T.A.C. anziché alla Ecografia.

Sempre la Commissione avrebbe dovuto procedere anche all'elencazione delle attività e dei titoli di cui ai curriculum da sottoporre a singole valutazioni, che andavano esterne anche in caso negativo ovvero di non conferenza all'incarico. In effetti la variegata attività professionale del dott. S., e non solo, non risulta esplicitamente esaminata e valutata alla luce dei sia pur limitati criteri individuati preliminarmente, come, ancora ad esempio, per gli anni di insegnamento universitario o la partecipazione a protocolli di ricerca, invece considerati per il dott. C., ovvero apparentemente sottovalutata, come la notazione relativa all'aggiornamento professionale "indirizzato verso patologie specifiche dell'attività dell'Istituto San Galligano" che non può essere soggetto a qualsiasi discriminazione peraltro non motivata.

6.7. Infine, è fondata la "censura" circa l'incompetenza del Direttore sanitario a disporre il provvedimento di proroga dell'incarico al dott. C., posto che è ben vero che il provvedimento applica una previsione contenuta nel C.C.N.L. e nella precedente delibera di attribuzione dell'incarico stesso, ma detta proroga era da intendersi quale facoltà che solo il Direttore generale, nella sua complessiva responsabilità organizzativa, poteva disporre, a nulla rilevando in questa sede le dedotte difficoltà di ricoprire sollecitamente in via definitiva il posto in questione.

6.8. Da ultimo va disattesa l'istanza di esibizione documentale proposta dall'appellante in quanto già soddisfatta in primo grado, come riferito dagli I.F.O. e non smentito.

6.9. La procedura seguita dagli I.F.O. nella fattispecie risulta quindi viziata da più illegittimità così obbligando l'Amministrazione a procedere, con la massima sollecitudine tenuto conto della vacanza del posto, alla rinnovazione della selezione nei sensi suesposti, soggetta quindi ad eventuali autonome impugnative.

La rinnovazione della procedura costituisce di per sé già piena soddisfazione della pretesa dedotta dal dott. S., rendendo così inaccoglibile l'istanza risarcitoria peraltro formulata in termini meramente indicativi.

7. Per le considerazioni che precedono l'appello principale va parzialmente accolto e va riformata la sentenza impugnata con l'accoglimento parziale del ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione.

Ne consegue altresì l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto dagli I.F.O..

Tenuto conto della complessità del caso di specie si ritiene di disporre la compensazione delle spese.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente come in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie in parte il ricorso in primo grado.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale

Respinge la domanda risarcitoria.

Dispone a carico dell'Amministrazione la rinnovazione, con la massima sollecitudine, della selezione oggetto della presente controversia.

Dichiara l'improcedibilità dell'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2013  
con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere